

EM DIREÇÃO A UM NOVO 1984? A TUTELA DA VIDA PRIVADA ENTRE A INVASÃO DE PRIVACIDADE E A PRIVACIDADE RENUNCIADA

TOWARDS A NEW 1984? PROTECTION OF PRIVACY BETWEEN THE INVASION OF PRIVACY AND
THE WAIVED PRIVACY

*Eduardo Tomasevicius Filho**

Resumo:

Esse texto tem por objetivo a análise do direito à privacidade na era da Internet. Como pano de fundo, apresentou-se resumo da obra 1984, de George Orwell, recorrentemente citada pelos juristas para exemplificar a vida cotidiana em um mundo sem privacidade. Apresentou-se o quadro atual de redução da privacidade na Internet, provocado pelo desenvolvimento das redes sociais e pelo uso de telefones celulares. Em seguida, foram resgatadas as reflexões de diversos juristas acerca desse tema, as quais, ao contrário do que se poderia imaginar, são bastante antigas. Ademais, apresentaram-se os alertas que esses pensadores legaram para as gerações futuras. Ao final, analisaram-se duas leis brasileiras recentes voltadas à proteção da privacidade, criticadas quanto à sua ineficácia por se não se aproveitarem as contribuições dos juristas do passado no tratamento dessas questões.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito à Privacidade. Controle social. Internet. Redes sociais. Lei “Carolina Dieckmann”. Marco Civil da Internet.

Abstract:

This paper presents an analysis about the right to privacy on the Internet. The book 1984, written by George Orwell in 1948, served as a background, because it is repeatedly cited by jurists to exemplify life in a world without privacy. A contemporary overview on privacy on the Internet was described as well as the absence of privacy in social networks and by the use of mobile phones. Reflections of several jurists about this subject were rescued, which, contrary to what one might imagine, are quite old. Moreover, it was showed alerts that these thinkers let to future generations. Finally, an analysis of two recent Brazilian laws about privacy on the Internet was made, with objections to its ineffectiveness by not adopting the contributions of those jurists in a legal regulation on this subject.

Keywords: Private law. Right to privacy. Social controls. Internet. Social networks. “Carolina Dieckmann” Law. Internet Civil Rights Law.

* Professor Doutor do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
e-mail: tomasevicius@usp.br.

1. 1984

Em 1948, Eric Blair, cujo pseudônimo era George Orwell, publicou o livro 1984, que é uma sátira acerca do período em que o autor vivia, ao imaginar como seria a divisão do mundo e a vida cotidiana – no caso, a cidade de Londres – pela ótica de Winston Smith, que teria nascido entre 1944 e 1945. Para melhor compreensão do drama, será apresentada a trama dessa obra.¹

A história desenrola-se em um superestado denominado Oceania, que abrangeria a América, a Inglaterra, a Austrália e a África do Sul. Além da Oceania, havia outro superestado denominado Eurásia, formado pela maior parte do continente eurasiático e também a Lestásia, formado pelos países asiáticos. As demais partes do mundo ainda estariam em disputa entre essas três potências.

A Oceania era governada pelo Partido, cujo líder era uma entidade abstrata, denominada de “Grande Irmão” (“Big Brother”). Cartazes estavam espalhados pela cidade com a frase “O Grande Irmão zela por ti”, além de outros três lemas: “Guerra é Paz, Liberdade é Escravidão, Ignorância é Força”. O governo do Partido dividia-se em quatro ministérios: o Ministério do Amor, que mantinha a lei e a ordem; o Ministério da Fartura, que se voltava à economia; o Ministério da Paz, que se ocupava da guerra e o Ministério da Verdade, que cuidava das notícias, diversões, educação e artes. Em oposição ao “Grande Irmão”, estava “Emmanuel Goldstein”, inimigo do povo, por ter sido ex-membro do Partido. Por também ser supostamente um ente imaginário, divulgava-se que vivia escondido e que promovia uma série de atos de sabotagem, heresias e desvios, segundo a propaganda oficial.

O Partido procurava exercer controle total sobre a vida das pessoas por diversas estratégias. A primeira delas consistia na eliminação da privacidade das pessoas. Por toda parte havia “teletelas” (telescreens), ligadas ininterruptamente, que captavam qualquer barulho ou cochicho, ao mesmo tempo em que, por meio delas, divulgavam-se estatísticas sobre o sucesso da implantação da revolução em direção ao INGSOC (Socialismo Inglês), assim como as vitórias obtidas em todas as batalhas contra a Eurásia e contra a Lestásia. Também, por meio das teletelas, anunciavam-se notícias de racionamento de comida, por meio da divulgação de que se tinha aumentado a quantidade disponível a cada pessoa. As cartas eram todas controladas e o envio de postais dava-se por meio da compra de cartões oficiais, cujas frases já vinham prontas, cabendo apenas a escolha de uma entre as várias disponíveis.

¹ ORWELL, George. 1984. Tradução de Wilson Veloso. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1953.

A segunda estratégia consistia na forte repressão sexual, por meio da tentativa de aniquilamento dos instintos das pessoas, de seus sentimentos e emoções. Induzia-se a destruição da solidariedade familiar, para que as pessoas não criassem laços de lealdade entre si. Casamentos requeriam autorização do comitê do Partido e não se os deferiam quando houvesse sinais de atração física entre os pretendentes. O ato sexual era considerado mero “cumprimento de dever” e as crianças nasciam de inseminações artificiais. A Liga Juvenil Antissexo era a instituição voltada à doutrinação das pessoas para esse assunto. Por outro lado, estimulava-se fortemente a pornografia e, discretamente, a prostituição.

A terceira estratégia consistia no controle do pensamento das pessoas, por meio da veiculação de uma nova língua em substituição ao inglês, denominada “Novilingua” (newspeak), cujo vocabulário era paulatinamente reduzido para destruir a capacidade de formar ideias e de reorganizá-las nos sonhos. A Polícia do Pensamento era a instituição destinada a realizar esse controle. Prestava-se muita atenção ao que se falava sozinho ou dormindo, como também se vigiava a expressão corporal das pessoas. As crianças eram estimuladas a gostar do “Grande Irmão” por meio de canções, marchas, palavras de ordem, de modo a conduzir sua ferocidade contra os inimigos do Estado, denunciando, inclusive, qualquer desvio do pensamento dos pais.

Importante estratégia de controle do pensamento era por meio da lógica dialética, denominada de “Duplipensar” (doublethink), que consistia na “capacidade de guardar simultaneamente na mente crenças contraditórias e aceitá-las ambas”. Dessa maneira, podia-se dizer simultaneamente a verdade e a mentira, acreditando-se em ambas. Repudiava-se a moralidade em nome da mesma moralidade, sustentava-se a impossibilidade da democracia, apresentando-se o Partido como defensor da mesma e esquecia-se o passado, resgatando-o apenas quando conveniente. Como se afirmou em certa parte do livro, “o duplipensar é a pedra basilar do INGSOC, já que a ação essencial do Partido é usar a fraude consciente e conservar a firmeza de propósito que acompanha a honestidade completa”; “em última análise, foi por meio do duplipensar que o Partido conseguiu – e tanto quanto sabemos, continuará, milhares de anos – a deter o curso da história”.² Para a implantação do duplipensar, o Partido tentava controlar o passado, porque o controle do presente vinha do controle sobre o que se lembrava e isso proporcionaria o controle do futuro. Ao apagar-se o passado ou reescrevê-lo, adulterando os fatos conforme as necessidades do momento, tudo podia ser feio e ruim, porque ninguém se importaria com isso por ter-se perdido a capacidade de fazer comparações.

² ORWELL, George. *Idem*. p. 184.

A personagem central do livro, Winston Smith, trabalhava no Ministério da Verdade como um dos encarregados de reescrever o passado, apagando todas as referências dos fatos narrados em jornais pela reinserção de novas informações, corrigindo metas de produtividade econômica não atingidas, para que fossem divulgadas como bem-sucedidas. Nenhum dos dados era verdadeiro, porque não se sabia quanto havia sido produzido. Tanto os resultados almejados quanto os resultados obtidos eram igualmente imaginários. Outros tinham por tarefa reescrever, conforme a ideologia do Partido, as obras literárias que não podiam ser extirpadas das antologias. Prisões eram feitas arbitrariamente, quando a pessoa não caía no agrado do Partido, desaparecendo-se com ela e apagando-se todos os registros. Em outras palavras, esta se tornava uma “impessoa”.

A sociedade da Oceania era dividida em três classes. Havia o Partido Interno, que compunha a classe dos dirigentes, os quais tinham uma vida confortável. O Partido Externo correspondia à classe de burocratas que trabalhavam nos Ministérios. Já os “proles” correspondiam a 85% da população e eram tratados como animais, com fraca repressão por parte da Polícia do Pensamento, porque quase não havia teletelas nas casas deles. Viviam alienados de sua real condição em ambiente de muito trabalho e de intensa criminalidade, inclusive com bombardeios sobre suas casas. A grande maioria da população da Oceania era muito pobre, porque a capacidade produtiva era desorganizada. As casas eram mal cuidadas. A de Winston Smith, por exemplo, denominada Mansão Vitória, tinha elevador desligado por falta de energia elétrica. Comia-se muito mal em restaurantes e os utensílios eram sujos e engordurados. Faltavam produtos nas lojas. Conseguia-se alguma coisa diferente apenas no “mercado negro”. Bebida alcoólica era gim sintético, de gosto ruim.

Mesmo com toda a repressão, Winston sentia ódio do Partido e tentava libertar-se de sua condição. No início do livro, ele relatou a compra de um caderno, no qual, discretamente, iniciou a escrita de uma carta para as pessoas do futuro e a frase “Abaixo o Grande Irmão”. Sentia-se cínico por modificar as estatísticas registradas em decorrência de seu trabalho de modificação do passado. Procurou alargar sua consciência ao tentar lembrar-se de como era a vida muito tempo atrás. Cautelosamente, ele dirigia-se ao bairro dos “proles” atrás de idosos para que compartilhassem suas memórias com ele. Todavia, essas pessoas pouco se recordavam do que viveram.

Outro momento importante da trajetória de Winston Smith foi o fato de ele ter-se aproximado de uma mulher, chamada Julia, que era membro da Liga Juvenil Antissexo, o que a faria, em tese, ser assexuada, mas que, na prática, tinha relacionamentos sexuais com membros do Partido. Discretamente, ambos tiveram um intenso relacionamento amoroso. O primeiro encontro do casal foi no bosque, onde não havia microfones nem teletelas e ali tiveram relações sexuais, definidas por eles como um “ato político” de revolta contra o Partido. Depois, mantiveram vida íntima em um quarto

alugado no bairro dos “proles”, localizado na parte superior de um antiquário, no qual não havia teletelas. Também se davam ao luxo de tomar café com açúcar desviados do Partido Interno.

Em certa parte da narrativa, descreve-se o encontro de Julia e Winston com O’Brien, funcionário responsável pela elaboração da décima primeira versão do dicionário da Novilíngua, e que, aparentemente, era um traidor do Partido, o que despertava admiração em Winston. Ao irem à casa de O’Brien, descobriram que ele podia desligar a teletela por trinta minutos para conversas privadas. Nesse momento, Winston e Julia ofereceram-se para trabalhar na traição ao Partido, mediante ingresso na denominada “Fraternidade”. O’Brien explicou que esta não era uma organização, mas apenas uma ideia coletiva. Por isso, ela não protegia seus militantes e a atuação de cada um deles era isolada, assim como seria inevitável a prisão deles e a morte. Disse O’Brien que era preciso acreditar no porvir, porque as mudanças não seriam facilmente perceptíveis, já que a única maneira de burlar a Polícia do Pensamento era por meio da expansão do conhecimento de um indivíduo para outro. O’Brien perguntou se Winston era capaz de tudo, de praticar os crimes mais atrozos e de mudar de identidade para sempre. Ele respondeu que sim, exceto em uma coisa: trair Julia.

Winston recebeu de O’Brien um livro de “Emmanuel Goldstein” intitulado “Teoria e Prática do Coletivismo Oligárquico”, o qual trazia informações sobre a verdadeira face dos Estados, que promoviam a guerra para a manutenção do consumo da indústria e impedir que o conforto proporcionado pelos bens pudesse levar às pessoas a tornarem-se mais inteligentes. Assim, a verdadeira guerra não era entre inimigos externos, mas sim entre os grupos dominantes e os grupos dominados da mesma sociedade, para que se perpetuasse a divisão de poder entre eles. Também se explicava neste livro que, invariavelmente, havia três classes no mundo: a alta, a média e a baixa. Os objetivos da classe alta eram o de manter-se no poder; os da classe média, tomar o poder da classe alta. O destino da classe baixa era ser sufocada pela monotonia do trabalho cotidiano. Em certos momentos da história, a classe média lutava para tomar o lugar da classe alta, colocando-se como defensores da classe baixa para contar com seu apoio. Uma vez feita a revolução, os novos dominadores voltavam a subjugar a classe baixa, tal como faziam os antigos dominadores. Além disso, apontava-se neste livro de Goldstein que as novas doutrinas surgiam pelo acúmulo de conhecimento histórico e que o século XX possibilitou, pela primeira vez na história, que todas as pessoas pudessem ser tratadas igualmente do ponto de vista econômico. Outro fato é que, pelo controle dos meios de comunicação, se

tornaria possível “fazer impor não apenas a completa obediência à vontade do Estado, como também completa uniformidade de opinião em todos os súditos”.³

Na parte final da obra, narra-se a prisão de Winston e Julia, porque o quarto que alugavam, na verdade, tinha uma teletela escondida atrás de um quadro. Na cela, provavelmente localizada no Ministério do Amor, Winston descobriu que todos ali morreriam com uma bala na nuca enquanto andassem pelo corredor da prisão. O’Brien não era nenhum conspirador, mas, sim, um torturador. Winston foi torturado na denominada Sala 101, para que aprendesse a acreditar com sinceridade na mentira e no absurdo. Entre uma e outra sessão de tortura, O’Brien explicou a Winston que, naquele regime, somente era permitido ver a realidade pelos olhos do Partido, exigindo-se um esforço de autodestruição e de reaprendizado. Também colocou que o fim dos regimes não era o poder em benefício da maioria, mas em seu próprio benefício, ou fazer da busca do poder um fim em si mesmo, porque o objetivo do poder era só o poder. A forma pela qual uma pessoa afirmava seu poder sobre a outra era mediante o sofrimento. Destacou que os inquisidores e os regimes totalitários do século XX eliminavam seus inimigos ainda aferrados às suas convicções pessoais e, por essa razão, suas ideias se propagavam ainda mais pela sociedade. Já o Partido “regenerava” a pessoa, fazendo-a acreditar voluntariamente na verdade oficial antes de eliminá-la, para que as ideias não se propagassem mais. Inclusive, por meio da tortura, destruíram o amor, quando submeteram Winston à situação de iminência de ser devorado por ratos, dos quais ele tinha pavor. No instante anterior em que se abriria a caixa com os roedores, ele implorou para que Julia fosse devorada em seu lugar e, assim, completou-se a lavagem cerebral em Winston. Ele é libertado e passou a ver o mundo sob a lógica do duplispensar. Tempos depois, foi executado com uma bala na nuca, apagando-se, em seguida, todos os seus registros. Como disse a personagem O’Brien: “Nada restará de ti: nem um nome num registro, nenhuma lembrança na mente. Serás aniquilado no passado como no futuro. Não terás existido nunca”.⁴

2. A crítica sobre 1984

O livro 1984 é considerado uma ficção antiutópica, porque descreve a impossibilidade e desesperança em um mundo melhor. Pela sua leitura, tem-se a impressão de que o autor pretendia fazer uma crítica ao comunismo, tal como o fez em “A Revolução dos Bichos”,⁵ mas a crítica literária costuma destacar que a intenção do autor teria sido

³ ORWELL, George. Idem. p. 176.

⁴ ORWELL, George. Idem. p. 217.

⁵ GLECKNER, Robert. F. 1984 or 1948? *College English*, v. 18, n. 2, Nov. 1956. p. 95.

a de refletir sobre tudo o que tinha acontecido desde a crise de 1929, como a falência do modelo clássico-liberal, a exploração dos mineiros ingleses, o franquismo espanhol, o nazifascismo e o stalinismo.⁶ Ou, ainda, que Orwell não teria apenas descrito em que condições o totalitarismo poderia eclodir, mas que seu livro teria sido um alerta a respeito do risco dos governos se tornarem totalitários.⁷

O modelo de Estado de 1984 é baseado em duas obras do filósofo norte-americano James Burnham.⁸ A primeira delas é “A Revolução Gerencial”, segundo a qual o capitalismo chegaria ao fim, mas não seria substituído pelo socialismo, porque os novos dominadores seriam os empresários, técnicos, burocratas e soldados, rotulados de “gerentes”. A propriedade privada seria abolida, sem, no entanto, tornar-se propriedade comum. Não mais haveria pequenos Estados, mas grandes superestados, agrupados em torno dos principais centros industriais da América, Europa e Ásia. Cada um desses superestados não conseguiria subjugar o outro, mas eles lutariam entre si para conquistar todos os territórios ainda não dominados. A organização social seria hierárquica, com uma oligarquia fundada na meritocracia e uma grande massa de semiescravos. Para Burnham, a União Soviética seria o modelo mais próximo dessa sociedade gerencial, posto que esta não era, na prática, um Estado socialista. A segunda obra é “Os Maquiavélicos”, na qual sustentou a impossibilidade de uma sociedade democrática, porque, em todas elas, o domínio é realizado por uma oligarquia e a política é a mera busca do poder pelo poder. Mudanças históricas consistiriam apenas na substituição de uma classe dominante por outra.

Os nomes adotados por Orwell simbolizam situações e fatos daquela época. “Mansão Vitória”, associada a uma casa degradada significava o declínio da Era Vitoriana ou do liberalismo. O nome Winston vinha de Winston Churchill e simbolizaria que até o homem inglês mais poderoso teria sucumbido ao poder do novo Estado. Goldstein representava Trotsky.⁹

Os defensores do livro 1984 foram os realistas ortodoxos norte-americanos, porque este livro seria espécie de teoria do totalitarismo ou uma defesa dos valores humanos, como o amor, privacidade e memória, em detrimento da tirania.¹⁰ Sustentou-se

⁶ GOLDSTEIN, Philip. Orwell as a (neo)conservative: the reception of 1984. *The Journal of the Midwest Modern Language Association*, v. 33, n. 1, winter 2000. p. 44.

⁷ VOORHEES, Richard J. Nineteen Eight-four: no failure of nerve. *College English*, v. 18, n. 2, Nov. 1956. p. 102.

⁸ ORWELL, George. Work: Essays: James Burnham and the Managerial Revolution. *New English Weekly*. May 1946. Disponível em: <<http://www.k-1.com/Orwell/site/work/essays/burnham.html>>.

⁹ KESSLER, Martin. Power and the Perfect State. *Political Science Quarterly*, v. 72, n. 4, Dec. 1957. p. 565-574.

¹⁰ GOOD, Graham. Ingsoc in Relation to Chess: reversible opposites in Orwell's 1984. *Novel: a Forum on Fiction*, v. 18, n. 1, Autumn 1984. p. 50.

que uma das preocupações de George Orwell era com o controle do uso da tecnologia, em termos de ter ou não um controle centralizado nas mãos do Estado, podendo-se supor que ele era favorável à descentralização das informações. Colocou-se ainda que Orwell acreditava que o comunismo exigia centralização e esta levaria ao totalitarismo. Tendo em vista a necessidade de imposição de execução dos planos econômicos centralizados, isso somente seria possível mediante forte poder sobre os cidadãos, o que poderia resultar em desvios políticos.¹¹

De qualquer modo, as primeiras críticas a essa obra ocorreram na década de 1950, por meio dos pensadores marxistas, que procuravam negar a ideia de que o livro 1984 fosse uma crítica ao stalinismo, período em que se realizavam lavagens cerebrais, praticava-se o monitoramento em celas e enfermarias, reescreveu-se a biografia de Joseph Stalin e promoveram-se reformas dos ideogramas chineses, simplificando-os e abolindo aqueles que faziam referência ao passado pré-revolucionário. Na opinião desses primeiros críticos, Orwell, ao usar a União Soviética como inspiração, estaria, na verdade, criticando a falência do mundo todo, uma vez que seria preconceituosa a visão ocidental sobre o que se passava no mundo comunista.¹²

Outra crítica ao livro foi apresentada por Erich Fromm, da “Escola de Frankfurt”, em posfácio à edição do livro 1984. Para esse autor, a obra expressava um alerta sobre os caminhos da humanidade, como também o desespero sobre o futuro. Os fatos do século XX, como a Primeira Guerra Mundial, a frustração com o stalinismo, o nazifascismo, a Segunda Guerra Mundial e o uso de bombas atômicas significavam a ruptura com uma tradição antiga de crença no progresso da humanidade.¹³ No entanto, Fromm indagou se seria possível uma pessoa deixar de ser humana, renunciando sua liberdade, sua dignidade, sua integridade e sua capacidade de amar, de ser justo e solidário. Em sua opinião, isso não seria possível, porque a pessoa humana não seria uma folha em branco, na qual a sociedade escreve o que bem entende. Ademais, a despeito de Orwell ter usado o stalinismo como alvo de suas críticas sobre a distorção da verdade, quando trata do duplipensar, não se poderia esquecer que o mundo ocidental também trabalha com esse mesmo conceito. Por exemplo, ao falar-se em “mundo democrático”, isso incluiria tanto os Estados Unidos e Inglaterra, como também as ditaduras latino-americanas, o franquismo, o salazarismo, o *apartheid* e tantos outros regimes. Esse fato também é aceito de forma acrítica entre as pessoas. Outro exemplo seria a construção de armas atômicas,

¹¹ ROBACK, Jennifer. The economic thought of George Orwell. *The American Economic Review*, v. 75, n. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Seventh Annual Meeting of the American Economic Association, May 1985. p. 127-128.

¹² GLECKNER, Robert. F. Idem. p. 96-98.

¹³ FROMM, Erich. *Afterword to George Orwell's 1984*. Disponível em: <<http://mayachamidigitalarts.blogspot.com.br/2011/05/george-orwells-1984-afterword-by-erich.html>>.

cujas vítimas também incluiriam os seus fabricantes.¹⁴ Tanto o stalinismo e o maoismo teriam sido falsificações, como também o ocidente o seria da mesma maneira, até mesmo porque a visão antiesquerdista e antitotalitária servira de apoio a agressões militares dos Estados Unidos, além de estimular elevados gastos com defesa, em detrimento do bem-estar, educação, meio ambiente, saúde e educação.¹⁵

3. E o mundo em 2014: a caminho de um novo 1984?

Trinta anos depois de 1984, podem-se traçar certas reflexões a respeito dos rumos que a humanidade tomou não apenas no final do século XX, mas também nas duas primeiras décadas do século XXI. Do ponto de vista político, a queda do Muro de Berlim, em 1989, e o colapso da União Soviética, em 1991, provocaram descrença no socialismo. Apesar disso, celebrou-se com alegria e certa apreensão os vinte e cinco anos da queda do mesmo. Cuba e Coreia do Norte continuam com seus modelos e outros Estados latino-americanos relutam em implantar a denominada “Revolução Bolivariana”, verdadeira idiossincrasia contemporânea em termos de ação político-econômica. No entanto, há um aspecto bastante importante e que merece a devida atenção de toda a sociedade: a implantação de fortes controles sociais pelo fim da privacidade. Pela tecnologia, a privacidade das pessoas foi sensivelmente reduzida e ainda não se sabe quais serão as consequências desse processo nos próximos anos.

A violência urbana e o terrorismo são fatos que contribuíram para a redução da privacidade das pessoas. Na tentativa de intimidação dos criminosos, câmeras de segurança são espalhadas por todos os lados, registrando os passos das pessoas nas ruas, nas entradas das casas e dos apartamentos, nos elevadores, nas lojas e demais espaços de acesso ao público em geral. Nas portarias dos edifícios, as pessoas são obrigadas a fornecer seus nomes, número da cédula de identidade e deixarem-se fotografar. Não se sabe o que se faz com essas informações ou se elas são descartadas de forma negligente, ao venderem-se os computadores onde ficam armazenadas como sucata com todos esses dados.

A informática, que permite o processamento de grande volume de informações, e a Internet, que ampliou em escala colossal a quantidade de informações circulando entre as pessoas, modificaram irreversivelmente essa situação. O Estado tem informações sobre a renda das pessoas por meio do controle das declarações de renda apresentadas, as quais são cruzadas entre si por meio de grandes computadores há, pelo menos, quinze anos. Analisam-se transações financeiras e as compras realizadas por

¹⁴ FROMM, Erich. *Idem.*

¹⁵ GOLDSTEIN, Philip. *Idem.* p. 44.

cartões de crédito, ante a obrigatoriedade do fornecimento desses dados para os órgãos de controle do governo. Sob a alegação de combate ao terrorismo, as mensagens enviadas pela Internet são monitoradas automaticamente pelos grandes computadores. Controla-se o trânsito de pessoas mediante a exigência de fornecimento dos dados de todos os passageiros, como também se realiza o controle fotográfico e coleta de impressões digitais. Coletam-se informações privadas sobre a saúde das pessoas, as quais ficam registradas em prontuários eletrônicos, sem quaisquer garantias de que o Estado ou operadoras de planos de saúde não venham a ter acesso a tais informações, para que, em momento posterior, possa recusar determinados atendimentos ou até mesmo recusar a contratação desses serviços.

Quando se deseja saber informações a respeito de alguém, basta escrever seu nome completo em mecanismos de busca na Internet e se terá notícias dela, se participou ou não de concursos públicos ou se há processos judiciais contra si. As empresas conseguem saber as preferências de pesquisa e por quais produtos ou serviços se interessa, ainda que não venha a adquiri-los. Dessa forma, ainda que a pessoa não esteja mais acessando determinada loja virtual ou o mecanismo de busca, essas informações ficam registradas, para que, posteriormente, sejam feitas novas ofertas desses mesmos produtos e serviços. Por meio dos mecanismos de avaliação dos produtos e dos serviços, é possível saber qual foi a opinião dela a respeito de determinado produto, serviço ou atendimento. Quanto a tudo o que se lê na Internet, é possível saber com precisão quantas pessoas acessaram aquela informação e quem são elas, ao contrário dos tradicionais meios de comunicação, que irradiam notícias de maneira generalizada e somente se sabe o alcance das mesmas por meio de pesquisas realizadas por amostragem. Nos últimos tempos, programas de reconhecimento de rostos permitem que se faça, a partir das imagens captadas pelas câmeras no interior de uma loja, a análise da pessoa que ali se encontra, por exemplo, o seu gênero, idade e expressões corporais.

Os métodos descritos acima, usados pelo Estado e pelas empresas para a coleta de informações de natureza privada, têm a característica da invasividade. É certo que ninguém tem a opção de deixar de declarar sua renda, seus bens, o que já fez ou deixou de fazer na vida ou impedir terminantemente que se colem dados sobre seu corpo ou sobre informações acessadas ou sobre preferências. No entanto, nos últimos anos, deu-se um novo passo nesse avanço sobre a esfera da privacidade das pessoas. Em vez de se tentar invadir essa esfera, provocando resistências entre as pessoas, a estratégia alterou-se: criaram-se fortes estímulos para que as próprias pessoas renunciem voluntariamente a sua privacidade por meio do acesso fácil e lúdico às redes sociais por computadores pessoais e, nos últimos tempos, por meio dos telefones celulares.

As redes sociais proporcionam monitoramento com maior precisão sobre as pessoas que fazem parte dos relacionamentos de alguém por meio da declaração voluntária

de todas essas informações pelos participantes das mesmas. Mapeiam-se os parentes, os amigos, os colegas de trabalho. Nelas as pessoas não apenas colocam suas fotografias, com a data e local exatos em que foram tiradas, como também se faz o reconhecimento facial de cada um dos fotografados. Além disso, as redes sociais criaram um ambiente perfeito para que as pessoas manifestem todos os seus pensamentos, de tal modo que se pode conhecê-las perfeitamente pelo que expõem. Ao disponibilizar-se mecanismo para que as pessoas manifestem sua aprovação com determinada publicação, rastreia-se toda a rede de preferências de determinado grupo. Paradoxalmente, as pessoas sentem prazer em concorrer com a devassa da sua privacidade, quando, no passado, lutavam pelo reconhecimento da privacidade como direito fundamental.

Veja-se, por exemplo, a política de uso de dados do principal site de relacionamento do mundo nos últimos tempos. Coletam-se dados de registro no site, entre eles o nome, e-mail, estado civil, telefone e data de nascimento. Também são coletados os dados que a pessoa “opta por compartilhar”, tais como o registro de todas as vezes em que a pessoa acessou o site, além dos equipamentos que foram utilizados. Outras informações também são coletadas, como o sistema operacional empregado, o navegador de Internet utilizado, o IP (Internet Protocol), o que a pessoa olhou em seu perfil e nos perfis dos demais participantes, quais amigos fazem parte da rede de contatos, que pessoas foram procuradas no mecanismo de busca, que lugares fazem parte da história da pessoa, que mensagens foram enviadas ou recebidas, que conteúdos foram clicados, além de coletarem-se dados sobre cada fotografia ou vídeo publicados em termos de dia e localização pelas coordenadas do sistema de posicionamento global - GPS do telefone celular, que jogos foram jogados, que aplicativos foram usados e como o usuário reagiu a um anúncio publicitário dentro do site.¹⁶

Até mesmo o temor existente no inconsciente popular tornou-se realidade. Há quem tenha muito receio da implantação de “chips”, porque essa iniciativa seria a prova da vinda do Anticristo à Terra. É verdade que houve algumas pessoas que implantaram chips em seus corpos por questões de segurança, sendo isso, na verdade, mais comum na área da biologia, ao serem implantados nos animais para fins de pesquisa científica. Sugeriu-se implantarem chips nos automóveis para controle de pedágio e de rodízio de veículos nas cidades, mas se questionou tal medida por violar a privacidade das pessoas, ao permitir que se soubesse onde cada pessoa foi ao longo do dia. No entanto, voluntariamente, a grande maioria das pessoas adotou o chip em suas vidas. Eles são os próprios telefones celulares, os quais as pessoas carregam consigo o tempo todo. Para aprimorar a disponibilização dos dados pessoais, a provisão de conexão à Internet cresceu

¹⁶ FACEBOOK. *Política de uso de dados*. Disponível em: <https://www.facebook.com/full_data_use_policy>.

significativamente entre esses aparelhos, para que se possa captar com mais facilidade as fotos, vídeos, mensagens, localizações em tempo real, locais frequentados e páginas da Internet visitadas, além de todos os programas aplicativos usados para as mais diversas finalidades. Assim, os aparelhos registram a hora em que a pessoa acorda ao usar-se o telefone como relógio despertador. Por meio de programas de auxílio ao motorista no trânsito, conhecem-se os trajetos da pessoa. Com a migração das câmeras digitais para dentro dos telefones celulares, surgiu outro problema: a maior facilidade na divulgação de fotos íntimas pela Internet.

O próprio Estado aproveita-se da restrição voluntária da privacidade das pessoas para fins diretos de combate à sonegação fiscal, quando toma conhecimento do consumo de cada pessoa, ao incentivar o fornecimento do número correspondente ao seu Cadastro de Pessoa Física - CPF para a emissão das notas fiscais e receber, eventualmente, uma ínfima parcela do imposto cobrado dos fornecedores.

Com tantas informações pessoais disponíveis, é possível fazer o *profiling*, em que se cria um perfil de cada pessoa ou de um grupo a partir de informações obtidas. Melhor dizendo, cada pessoa em uma rede social cria um dossiê sobre si mesmo, voluntariamente. Mediante o tratamento desses dados por algoritmos, tenta-se prever comportamentos futuros e, com isso, estabelecer controles ou selecionar diretamente os potenciais interessados em determinado produto ou serviço.¹⁷ Isso já é feito por meio da análise diária de todas as pesquisas realizadas nos mecanismos de busca na Internet ao longo de um dia ou de um período e essas informações são comercializadas para potenciais interessados. Outra técnica é o “data mining”, em que se faz o tratamento de grandes dados na busca de correlações, recorrências, tendências e padrões. Em aproximadamente quinze anos, contando-se da popularização do Google no ano 2000 até os dias atuais, com a adesão maciça às redes sociais, muita informação já foi recolhida sobre todas as pessoas. Durante os próximos quinze anos, certamente surgirão inovações e aperfeiçoamentos destinados ao recolhimento de informações sobre a vida privada de cada pessoa. Quanto mais se vive, mais informações são coletadas sobre as pessoas e a quantidade de informações coletadas tende ao infinito. Poder-se-á ter a situação em que uma pessoa terá sido monitorada desde seu nascimento até metade da sua vida esperada.¹⁸ Considerando que a informação é poder, a quantidade de informações a respeito de determinada pessoa é uma forma de controle sobre ela. Sendo o direito o instrumento por excelência da defesa da pessoa, impõe-se saber o que já se pensou acerca desses problemas.

¹⁷ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 173-176.

¹⁸ SOLOVE, Daniel J. *The digital person: technology and privacy in the informational age*. New York and London: New York University Press, 2004. p. 127.

4. A reflexão da doutrina em termos de proteção da privacidade

As reflexões dos juristas acerca desses problemas relacionados à defesa da privacidade não são recentes. É um tema discutido há pelo menos mais de um século entre juristas norte-americanos e europeus. Aliás, é um dos poucos assuntos em que se nota profunda influência do direito norte-americano nos ordenamentos jurídicos baseados no sistema romano-germânico-canônico. Embora o conceito de privacidade seja plurívoco, isto é, pode referir-se a solidão, intimidade, anonimato ou reserva,¹⁹ sua análise requer, como se verá, a apresentação retrospectiva do pensamento doutrinário, sob pena de não se compreender adequadamente esse assunto, inclusive o entendimento atual dos juristas quanto à privacidade na Internet.²⁰

4.1. Primeira fase do direito à privacidade: o “right to be let alone”

A revelação de fatos sobre a vida privada das pessoas sempre existiu ao longo da história, sobretudo em matéria de violação de correspondências.²¹ No entanto, as consequências eram diferentes em comparação com o mundo contemporâneo, porque a população era muito menor, a qual vivia sobretudo no campo. Era comum a pouca privacidade dentro das casas, com os membros de uma família habitando, em geral, um único cômodo. As pessoas do local se conheciam e essas notícias espalhavam-se como fofoca. A vida reclusa, de isolamento, era considerada excentricidade.²² Por isso, não havia elementos suficientes para que se reclamassem normas a respeito da proteção jurídica à privacidade. Com efeito, apenas havia a preocupação com a ofensa à integridade física da pessoa. No máximo, a proteção da vida privada estava na disciplina dos direitos de vizinhança, sobre o erguimento de muros.²³

A preocupação efetiva dos juristas e dos tribunais com a privacidade surgiu a partir do século XIX,²⁴ com as transformações das sociedades, de agrário-manufatureiras, para urbano-industriais. Nessa época, ampliavam-se os núcleos urbanos, ao mesmo tempo em que as pessoas tornaram-se anônimas em meio à multidão. A imprensa escrita ampliava as tiragens diárias e a fotografia possibilitava a reprodução da imagem das pessoas. Dessa

¹⁹ WESTIN, Alan F. Social and political dimensions of privacy. *Journal of Social Issues*, v. 59, n. 2, 2003.

²⁰ Tal abordagem já havia sido feita por Alan F. Westin em *Privacy and Freedom*, por Arthur Miller em seu livro *The Assault on Privacy* e por Louis Lasky em seu texto *Invasion of privacy: a clarification of concepts*.

²¹ FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 12-16.

²² FERNANDES, Milton. *Idem*. p. 12.

²³ LINDON, Raymond. *La création prétorienne en matière de droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille*. Paris: Dalloz, 1974. p. 9.

²⁴ Ainda na Idade Moderna, Gómez de Amescua (séc. XVII) já teorizavam sobre direitos sobre a própria pessoa.

forma, vários dissabores relacionados à revelação de fatos da vida privada trouxeram incômodos até então pouco experimentados. Em 1819, Royer-Collar, na discussão da lei de imprensa francesa, afirmou que “voilà donc la vie privée murée”. Por exemplo, em 1854, Alexandre Dumas queria construir um monumento em homenagem a Balzac. Porém a viúva se opôs a isso, alegando que cabia só a família o direito de construir uma tumba para seu parente. Em 1858, a atriz francesa Rachel foi retratada em seu leito de sua morte. Em 1886, o Presidente Cleveland passou a lua de mel sendo perseguido por jornalistas. Outro caso polêmico foi a divulgação não autorizada da fotografia de Otto von Bismarck, líder da unificação alemã, em seu leito de morte, em 1898.²⁵

Foi justamente nessa época em que se iniciou a teorização dos denominados direitos da personalidade, sobretudo na doutrina alemã, a partir dos trabalhos de Köhler e Gierke.²⁶ Quanto ao denominado “direito à privacidade”, foi grande o desenvolvimento dessa matéria nos Estados Unidos. Um dos marcos iniciais dessa discussão naquele país deu-se em Boston. A família Warren, pertencente à elite local, organizava diversos eventos sociais em sua casa. Os jornais dessa cidade, especialmente o *Saturday Evening Gazette*, que tinha uma coluna sobre os denominados de “sangue azul”, noticiavam essas festas de modo altamente pessoal e detalhado, causando muitos embaraços às pessoas que ali se reuniam; fato que se agravava pela cultura local de valorização da discrição. Essa situação tornou-se insuportável para essa família, por se ter publicado a cerimônia de casamento da filha do casal Warren.²⁷ Então, o Sr. Samuel Warren, que era advogado, escreveu um texto em coautoria com seu colega Louis Brandeis – este último veio a tornar-se juiz da Suprema Corte – intitulado “The right to privacy”, publicado na *Harvard Law Review* em 1890.²⁸ Esse texto, que se tornou um dos mais célebres da doutrina norte-americana pela influência que teve não apenas nos Estados Unidos, mas no mundo inteiro,²⁹ sustentava a necessidade de tutela de certas situações por meio da responsabilidade civil. O ponto de partida dos autores foi o de que o *common law* protegia a propriedade e que já estava tutelando as pessoas das imissões dos vizinhos. O passo seguinte a ser trilhado seria a proteção dos pensamentos, emoções e sensações das pessoas. Como os próprios autores destacaram, as recentes invenções de seu tempo e os métodos comerciais levaram ao reconhecimento, pelo juiz Cooley, de um “right to be let alone”, pois fotografias e jornais passaram a invadir o espaço sagrado da vida doméstica. A fofoca deixara de ser objeto

²⁵ LINDON, Raymond. Idem. p. 9; 10; 14; 21.

²⁶ KAYSER, Pierre. *La protection de la vie privée*. Paris: Economica Aix-en-Provence; Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1984. p. 55.

²⁷ PROSSER, William. L. Privacy. *California Law Review*, v. 48, n. 3, Aug. 1960. p. 383.

²⁸ WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, Dec.1890. p. 193; 195; 198-199; 205; 207; 214; 218.

²⁹ Para Milton Fernandes, esse texto é o “documento básico em defesa da intimidade”.

de curiosidade das pessoas vazias, para tornar-se um negócio, e que essas invasões de privacidade causavam mais dor que uma lesão corporal. A proposta dos autores foi a de que o *common law* reconhecia o direito da pessoa de determinar em que medida seus pensamentos, sentimentos e emoções poderiam ser comunicados a terceiros e fixar os limites dessa publicidade. Portanto, não se poderia publicar os escritos, pinturas, esculturas ou músicas sem o consentimento de seu autor e que não se buscava, nesse caso, a proteção autoral, mas a proteção da privacidade, porque aquela impedia, por exemplo, a divulgação do conteúdo de cartas, mas não impedia a divulgação de quantas cartas haviam sido escritas. Assim, dever-se-ia reconhecer o direito geral de estar sozinho ao lado das outras liberdades, como a de não ser preso ou processado injustamente. Esse direito à privacidade, segundo esses autores, faria parte de um direito geral de imunidade da pessoa ou um direito à própria personalidade, mas não impediria a publicação de fatos de interesse geral ou público, tampouco teria proteção a pessoa que manifestasse seu consentimento com a publicação de tais fatos. Ademais, o violador do direito à privacidade não se eximiria de responsabilidade, mesmo quando o fato divulgado fosse verdadeiro ou praticado sem dolo. Entretanto, os tribunais norte-americanos não aceitaram a tese de Warren e Brandeis quanto à existência de um direito à privacidade em casos em que se usavam imagens das pessoas em produtos, sem autorização do retratado.³⁰ Tornou-se célebre o caso *Olmstead v. United States*, no qual se entendeu não haver violação da privacidade ao se terem realizados grampios telefônicos em membros da máfia norte-americana, na época da vigência da Lei Seca.

Na Itália, Rava foi o primeiro a falar em “*diritto alla riservatezza*” (“direito ao resguardo”), mas foi Adriano de Cupis, por meio de sua célebre obra intitulada “Os Direitos da Personalidade”, que se contribuiu significativamente para a divulgação desse novo ramo do Direito Civil, ainda que, em termos de direito à privacidade, o autor tenha tratado do assunto sob a perspectiva do direito à imagem, porque este era tutelado pelo art. 10 do Código Civil. Para esse autor, o direito ao resguardo é o direito de excluir do conhecimento fatos que se referem a si mesmo, porque, com sua divulgação, ocorre uma mudança de descrição quanto à pessoa. Existiria o direito de consentir ou não com a reprodução de suas feições, independente da divulgação ser ou não violadora da honra, salvo por razões específicas de interesse público, como as necessidades de justiça ou de polícia, ou quando a pessoa estava exposta ao exame público, ou quando a difusão de sua imagem mera consequência da sua notoriedade. Ademais, De Cupis reconhecia que a pessoa tinha o direito de conservar descrição sobre fatos pretéritos de sua vida, pois “experiências, lutas, paixões pessoais, estão-lhe intimamente ligadas, não podendo, por

³⁰ PROSSER, William. L. Idem. p. 385.

isso, conceder-se livre acesso à curiosidade do público. Aquele que deixou uma parte de si mesmo em certos acontecimentos, é naturalmente levado a considerá-los incluídos na sua esfera de reserva pessoal, e a não tolerar indiscrições alheias”.³¹

4.2. Segunda fase do direito à privacidade: privacidade como direito de controlar as informações sobre si

Com o fortalecimento do Estado ao longo do século XX, quando este começou a promover intenso controle sobre a vida privada das pessoas, a questão da privacidade foi reconduzida a outro patamar. Uma dessas primeiras manifestações deu-se nas relações familiares, quando o Direito de Família deslocou seu centro de gravidade do Direito Canônico para o Direito Civil. Dogmas relativos ao casamento, ao divórcio e à legitimidade dos filhos foram incorporados pela legislação civil, cujas consequências são a interferência do Estado na vida privada das pessoas, quando impunha a convivência forçada com quem não mais queria conviver, ou a privação do convívio com quem, provavelmente, se desejaria conviver. Outro exemplo deu-se no controle dos conteúdos curriculares das escolas, por meio das diretrizes curriculares, como também pela obrigatoriedade do uso da língua oficial do Estado durante as aulas, com o intuito de formação e consolidação das identidades nacionais. Em termos de privacidade, os problemas potencializaram-se com o desenvolvimento dos meios de comunicação, especialmente, pela massificação do rádio e, posteriormente, da televisão. Os Estados encontraram nos meios de comunicação poderosa ferramenta de controle social, ao usarem esses veículos como meio de promoção da integração nacional e da ideologia governamental. Basta ver que, até os dias atuais, em qualquer programa de notícias, divulga-se o que os chefes de Estado e de governo fizeram ou declararam ao longo do dia, isso quando o próprio governo tem seus próprios programas oficiais de notícias ou agências de notícias com assessorias de imprensa, que repassam reportagens prontas para quem as desejar pautar-se por estas. As agências oficiais e os ministérios divulgam dados, que são repassados diariamente às pessoas a respeito do desempenho da economia ou da implantação de determinada política pública. As pessoas, no espaço da privacidade, quando ouvem rádio ou assistem à televisão, estão recebendo interferência direta do Estado ou de quem quer que tenha interesse em atingir essa esfera da pessoa humana. Ademais, a necessidade de audiência para a atração de anunciantes faz com que se explore a curiosidade das pessoas pela divulgação de fatos da vida privada das pessoas, sobretudo quando estas são famosas.

³¹ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008. p. 139; 140; 142; 148; 156.

Ademais, a tensão decorrente da Guerra Fria estimulava à inovação tecnológica. As câmeras fotográficas tornaram-se mais eficientes, permitindo-se fotografias a longa distância, dando ensejo às invasões de privacidade pelos fotojornalistas. Ampliaram-se os casos de grampos telefônicos. O polígrafo poderia ser usado na investigação criminal. Nos Estados Unidos, o governo passou a usar informações das pessoas para implantar administrações mais eficientes para melhor conhecimento sobre a população por meio da informática e pela possibilidade de reunião de vários dados sobre cidadãos norte-americanos em um único local. Isso gerou reações negativas e o Congresso proibiu essa iniciativa naquela ocasião.³² Todos esses fatos assustavam os juristas da época, que, inclusive, faziam referências ao livro 1984, procurando encontrar soluções para essas novas invasões de privacidade, como se estivessem fazendo um alerta para o futuro.

Bem no início da década de 1960, ainda se fazia necessário afirmar a existência de um direito à privacidade. William Prosser retomou as discussões de Warren e Brandeis. Ao longo de seu texto, colocou que estes últimos tinham como foco a invasão de privacidade, mas que o *right of privacy* ampliava-se para quatro hipóteses, ainda que nem todas se relacionassem com a privacidade em si. Eram a invasão da esfera de reclusão ou de solidão de uma pessoa ou em invasão em seus assuntos privados; a revelação pública de fatos constrangedores a respeito de uma pessoa; a publicidade obtida por meio de falsas notícias (“false light in the public eye”) e o uso indevido do nome ou imagem de uma pessoa.³³ Do mesmo modo, na Itália, Angelo De Mattia, Alfonso Palladino e Guido Galli publicaram importante obra sobre o “diritto alla riservatezza”, em que discutiram o reconhecimento de um direito à privacidade, ainda que tal fato implicasse sacrifício à liberdade de imprensa.³⁴ Esses autores sustentavam a impossibilidade de negação da existência da proteção da vida privada, em razão destes direitos estarem previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, quanto na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o que dispensaria o recurso à analogia para o reconhecimento desse direito no ordenamento jurídico italiano. Nessa obra, os autores, ao partirem do pressuposto da existência do direito à privacidade, procuraram delinear seu conteúdo. Apontaram uma possível concepção subjetivista, segundo a qual a pessoa decide os limites de sua privacidade, e uma possível concepção objetiva, em que se estabeleceriam aprioristicamente tais limites. A regra geral seria a proteção à privacidade, excetuando-se as situações em que a pessoa é notória ou exerce cargo público, ou em questões relativas

³² DONEDA, Danilo. Idem. p. 13; 15; 186.

³³ PROSSER, William. L. Idem.

³⁴ DE MATTIA, Angelo; PALLADINO, Alfonso; GALLI, Guido. *Il diritto alla riservatezza*. Milano: Giuffrè, 1963, p. 3; 5; 9; 13; 21; 31; 35; 127; 131.

à justiça ou à polícia; ou, ainda, quando o fato privado é um evento voltado ao público ou de interesse público. Também se excetuariam fatos revelados por questões científicas, didáticas ou culturais, o que implica a discussão, neste último caso, das biografias, que se situam no limite entre a arte e a invasão de privacidade. Os autores ainda trouxeram uma síntese doutrinária e jurisprudencial do direito à privacidade na Itália, de modo a provar que os principais juristas italianos sustentavam esse direito, assim como as cortes italianas garantiam essa proteção. Esses autores realizaram estudo de direito comparado, incluindo o direito brasileiro na década de 1950, destacando que o Brasil não tinha tradição de liberdade de imprensa, a despeito da atuação de Carlos Lacerda para a queda de Getúlio Vargas. Analisaram a Lei n. 2.083/1953, sobre a liberdade de imprensa, que reprimia os abusos relacionados à ofensa da honra da pessoa. Mencionaram-se acórdãos publicados na Revista dos Tribunais e observou-se que o direito de resposta no Brasil era assegurado não apenas para os crimes contra a honra, mas que também era concedido com maior parcimônia, assim como notaram na jurisprudência que se admitia a publicação de fatos da vida privada incriminadores de uma pessoa, quando estes fossem verdadeiros.

A partir de 1964, juristas norte-americanos começaram a trazer suas preocupações para com os problemas relacionados com a privacidade, decorrentes, sobretudo, das invasões praticadas pelo próprio governo contra seus cidadãos.³⁵ O jurista Edward J. Bloustein destacou que testes psicológicos, o polígrafo e o processamento eletrônico de dados poderiam ser considerados como novas formas de invasão de privacidade em sua época, e que o direito deveria ser capaz de assimilar esses ataques, tal como se fez no passado em casos semelhantes. Nesse sentido, em sua opinião, o conceito de privacidade teria dimensões psicológicas, sociais e políticas, que interferem na análise jurídica do tema.³⁶ Em outra passagem, notadamente influenciada pelos escritos de George Orwell, Bloustein disse:

[a]quele que é compelido a cada minuto de sua vida social de quem cada necessidade, pensamento, desejo, fantasia ou gratificação estiver sujeito a escrutínio público, está privado de sua individualidade e de sua dignidade humana. Dessa forma, o indivíduo funde-se com a massa. Suas opiniões, sendo públicas, nunca serão diferentes; suas aspirações, sendo conhecidas, tendem sempre aos convencionalismos; seus sentimentos, sendo exibidos abertamente, tendem a

³⁵ Também nessa época se estendeu o conceito de privacidade para que a pessoa pudesse se opor à interferência estatal em certos atos de sua vida, como o uso de anticoncepcional (*Griswold v. Connecticut*) e o da prática de aborto, como no caso *Roe v. Wade*. Em 1992, a Suprema Corte entendeu que o aborto não era caso de *right of privacy*, mas de atributo da personalidade.

³⁶ BLOUSTEIN, Edward J. Privacy as an aspect of human dignity. An answer to Dean Prosser. *New York University Law Review*, v. 39, 1964. p. 963.

perder sua característica peculiar e tornam-se sentimentos de qualquer pessoa. Na qualidade de ser humano, ainda que tenha sentimentos, torna-se fungível, não é mais um indivíduo.³⁷

No mesmo sentido, Donald N. Michael,³⁸ também em 1964, refletiu acerca do que viria a acontecer até o simbólico ano de 1984, inclusive trazendo como epígrafe referência indireta ao livro de George Orwell. Esse autor destacou que as corporações e o governo poderiam usar os computadores para armazenar e sistematizar dados pessoais sobre a privacidade das pessoas, monitorá-las à distância e combater práticas criminosas, a partir do armazenamento de dados sobre políticas de seguridade social, como também usar os computadores para fins militares e tentar analisar o perfil de criminosos. Já se percebia que os computadores modificavam significativamente o grau de acesso às informações, porque permitiam a reunião de dados disponíveis, assim como possibilitavam que se prestasse atenção a fatos que outrora passariam despercebidos, ou a interpretá-los mais eficazmente, com o intuito de conhecer determinada pessoa com maior profundidade, ou ainda se permitiria rastrear determinada pessoa ou uma população inteira. Ressaltou que as informações eram em pequena quantidade ou estavam defasadas, mas, desde o século XX, a quantidade de informações aumentara exponencialmente. Pelos computadores, permitir-se-iam experimentos de engenharia social, pela tentativa de previsão de comportamentos futuros a partir de comportamentos passados. Poder-se-iam simular reações populacionais a medidas impopulares. Tais dados já estavam disponíveis em registros médicos, profissionais e governamentais, além dos históricos escolares, declarações de renda, históricos de créditos concedidos, valores em contas bancárias e registros criminais. Enfim, o compartilhamento de informações entre os órgãos governamentais seria inevitável.

Ainda merecem destaque outras considerações feitas por Donald N. Michael. A primeira delas, como espécie de previsão, consistiria na possibilidade de monitoramento dos estados psicológicos de uma pessoa enquanto caminhasse pela rua a um computador central. A segunda delas é que as pessoas, voluntariamente ou não, forneceriam cada vez mais seus dados pessoais sobre características pessoais, sociais e econômicas, para que não fossem alijadas do acesso ao mercado e aos serviços públicos. A terceira seria o fato de que chegaria o momento em que as pessoas trocariam a liberdade e privacidade por benefícios em outras áreas de suas vidas.³⁹

³⁷ BLOUSTEIN, Edward J. Idem. p. 1.003.

³⁸ MICHAEL, Donald N. Speculations on the relation of the computer to individual freedom and the right to privacy. *George Washington Law Review*, v. 33, n. 1, Oct. 1964. p. 270; 273; 274; 275; 276.

³⁹ MICHAEL, Donald N. p. 273; 275; 281.

Charles Fried,⁴⁰ por sua vez, procurou apresentar novas considerações acerca do direito à privacidade. Isso porque, tendo em vista o monitoramento que se realizava para com as pessoas, Fried temia o perigo de que essas informações caíssem em mãos de pessoas erradas, o que poderia gerar assédio, ou o uso dessas informações pelo governo para fins não-autorizados e repressão à manifestação do pensamento. Assim, não se poderia mais pensar em privacidade como segredo ou impedimento de que terceiros tivessem acesso a informações sobre determinada pessoa. Não seria apenas a ausência de informações sobre determinada pessoa, mas sim o que cada pessoa deseja que outras pessoas saibam sobre si. Logo, privacidade seria o controle do conhecimento acerca de si mesmo, não necessariamente em termos quantitativos, mas em termos qualitativos. A título de exemplo fornecido por Fried, é inevitável saber que alguém está doente, mas pode ser invasão de privacidade desejar saber por que a pessoa está doente. Outro aspecto bastante interessante do texto de Fried é sua explicação sobre a privacidade, a qual é indispensável para a construção dos sentimentos de amor, amizade e confiança, uma vez que a privacidade modulará os graus de amizade e de amor entre elas, pois esta é construída a partir de quanto se fala de si para outra pessoa, ou do quanto se renuncia de sua privacidade em face da outra pessoa. Essa revelação de fatos sobre si mesmo formaria o que por ele foi denominado de “capital moral”, necessário às relações sociais. Por fim, Fried apontou que um sistema de monitoramento reduz drasticamente ou elimina o poder de controle sobre si mesmo, reprimindo-a, razão pela qual o monitoramento prescindiria do consentimento da pessoa.

O autor mais célebre sobre o tema da privacidade é Alan F. Westin, que escreveu o livro “Privacy and Freedom”.⁴¹ Com efeito, não é uma obra voltada às invasões de privacidade por meio dos computadores, mas uma espécie de teoria geral da privacidade. Teorizou que a privacidade é inerente ao mundo animal, porque são necessários os momentos de reclusão e de intimidade, sobretudo em termos de defesa do território e de autodefesa dos demais seres. Entre os seres humanos, a privacidade manifesta-se desde logo nas esferas individuais, familiares e sociais, como nos casos das cerimônias para iniciados e nas regras de revelação do próprio corpo, em termos de nudez e de relações sexuais. Por outro lado, o ser humano tem a tendência de invadir a privacidade alheia por causa de sua curiosidade.⁴²

Westin pontuou algo bastante interessante, que é a relação entre o sistema político e a privacidade. Para ele, o sistema político condiciona o equilíbrio entre a

⁴⁰ FRIED, Charles. Privacy. *The Yale Law Journal*, v. 77, n. 3, p. 475-493, Jan. 1968. p. 477; 482; 483; 484; 485; 489; 490; 492.

⁴¹ WESTIN, Alan F. *Privacy and freedom*. New York: Atheneum, 1970.

⁴² WESTIN, Alan F. *Idem*. p. 8-9; 13-14; 19-20.

revelação e a privacidade em cada sociedade. Em estados totalitários, existe muito segredo sobre o funcionamento do regime, enquanto há forte monitoramento dos indivíduos. Costuma-se divulgar nesses regimes que a privacidade é imoral, antissocial e egoísta. Já em regimes democráticos, a publicidade é a regra de funcionamento dos governos, enquanto a privacidade é entendida como o exercício de atividades não relacionadas à vida política, conferindo oportunidades para que as pessoas tenham ideias independentes e adotem posturas críticas. No mesmo sentido, cada povo tem uma noção distinta de privacidade, mediante maior ou menor reserva nos contatos interpessoais. Esse mesmo autor colocou que o monitoramento é inerente às relações interpessoais, pois os pais monitoram os filhos, os professores monitoram os estudantes, os patrões monitoram os empregados e o governo monitora a população. Logo, caberia a cada povo decidir que tipo de monitoramento deseja, já que essa atividade interfere nas condutas humanas. Por exemplo, a sensação de monitoramento na rua pode inibir condutas indesejadas, trazendo a sensação de segurança para todos. Enquanto no século XVIII havia equilíbrio entre privacidade, difusão de informações e monitoramento, o mesmo não vem ocorrendo nas sociedades contemporâneas pelo uso das tecnologias. Nos últimos tempos, circuitos internos de televisão e câmeras escondidas espalhavam-se por todos os lados. Microfones tornavam-se mais potentes. Westin colocava a possibilidade de monitoramento das pessoas por rádio – algo semelhante aos telefones celulares. Outras formas de monitoramento podiam ser feitas por meio das compras e de dados empresariais. O grande fluxo de informações sobre nascimento, casamento, informações do censo, históricos escolares, pagamentos de tributos, recebimentos de pensões, propriedade de imóveis, saldos em contas bancárias e doações para caridade, tudo podia ser usado para monitoramento das pessoas. Westin, com efeito, demonstrou mais preocupação com o uso de testes psicológicos nas escolas, pelos empregadores e pelo governo, porque se tratava de invasão de privacidade que poderia decidir os destinos de uma pessoa por toda a sua vida.⁴³

Outro autor que merece destaque é Arthur R. Miller.⁴⁴ Porque este já se dedicou às questões da privacidade em termos de computadores, ao apontar que esses equipamentos ainda eram parcialmente utilizados na coleta e processamento de informações e que estes poderiam ser interligados facilmente para a constituição de uma rede de comunicações, o que era impossível em arquivos manuais. Mediante essas tentativas, surgia, em seu entender, uma sociedade dos *dossiers*, que atribuía grande poder ao Estado com as informações oficiais coletadas, como também gerava um mercado, em que a informação era uma *commodity* e fonte de poder econômico. Miller manifestava

⁴³ WESTIN, Alan F. Idem. p. 23-24; 29; 55; 57-58; 67; 69; 73; 79; 159.

⁴⁴ MILLER, Arthur R. *The assault on privacy*. Computers, data banks and dossiers. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1970.

temor com a perda do controle da informação pessoal, porque se poderia criar um banco de dados de perfis individuais, podendo-se tentar prever comportamentos futuros pela reunião de dados sobre condutas passadas, nem se poderia controlar quem teria acesso a elas ou quem poderia invadir os sistemas informáticos, adulterando dados. Já seriam possíveis, na década de 1970, o mapeamento da rede de relacionamentos das pessoas por meio dos números de telefones chamados, o registro dos endereços das cartas enviadas e o registro das placas dos automóveis no trânsito. Além disso, podiam ser coletadas informações bancárias e de empréstimos feitos. Como essas atividades de crédito soavam inofensivas, as pessoas fornecem muitos dados confidenciais para seus credores. Esse mesmo autor chegou a profetizar que computadores pessoais seriam mais comuns que televisões e rádios e, se conectados a redes, poderiam facilitar a coleta de informações pessoais dos usuários.

Assim, Miller expressou seu desconforto com a possibilidade de abusos no monitoramento das pessoas, inclusive pela divulgação das ideias de que a privacidade seria desnecessária para um cidadão honesto. A intenção de criação de um National Data Center – que se tornou a Agência de Segurança Norte-Americana, com todas as informações governamentais em um órgão especializado, voltado à redução de custos, poderia trazer controle excessivo sobre a vida dos cidadãos. Também expressou preocupação com cadastros pessoais, que poderiam impedir o acesso aos bens ou a empregos, ao lado da invasão da privacidade por meio de testes de inteligência ou por perguntas inconvenientes no censo. Analisou, ainda, as deficiências do *common law* sobre a matéria, porque a defesa da pessoa quando tem sua privacidade violada pode agravar a situação, uma vez que os processos são públicos. A Constituição dos Estados Unidos também não seria capaz de tutelar a privacidade, porque a emenda sobre a liberdade de imprensa não se adequava a bancos de dados. Como soluções para esses problemas, Miller chegou a propor o direito da pessoa de controlar suas informações pessoais, embora reconhecesse que isso era muito difícil, quando o fornecimento fosse compulsório, como no caso de um interrogatório policial, no pagamento de tributos, ou na realização de testes, como também colocava a responsabilidade da perda da privacidade na vítima e não no invasor. Em capítulo intitulado “Como viver com computadores sem se tornar neurótico”, Miller sugeriu o uso da criptografia e a implantação de rotinas computadorizadas de conferência de alteração de informações em bancos de dados, como também a instalação de circuitos internos de televisão na frente dos computadores para vigiar alterações e o estabelecimento de rotinas de acesso dos funcionários aos bancos de dados.

Louis Lusk⁴⁵ criticou fortemente Alan Westin e Arthur Miller, porque eles estariam antecipando um mundo apocalíptico, com os horrores de 1984 bem antes do previsto por George Orwell. Não haveria motivos para tamanho alarde, porque outros avanços tecnológicos trouxeram avanços e retrocessos. Por exemplo, os automóveis facilitaram os deslocamentos, mas trouxeram a poluição. Melhores técnicas agrícolas proporcionaram aumento populacional, mas a oferta de comida gerou obesidade e hipertensão arterial.

No Brasil, Paulo José da Costa, no fim da década de 1960, trouxe reflexões importantes sobre o tema da privacidade em face das tecnologias em sua célebre obra intitulada “Tutela Penal da Intimidade”. Em sua opinião, a tecnologia estava destruindo as “fronteiras da intimidade”, inclusive gerando um dilema decorrente do conforto tecnológico em face do direito de estar só. Em outra passagem de sua obra, destacou que as pessoas já estavam aceitando, passivas, a investigação sobre fatos presentes e pretéritos de si mesmos, para que essas informações fossem livremente arquivadas e comercializadas, sem que quaisquer providências fossem tomadas.⁴⁶

Noutra passagem de sua obra, asseverou que as pessoas, condicionadas pelos meios de divulgação da era tecnológica (a serviço, portanto, de seus desígnios, em termos estritamente apologeticos), sentem-se compelidas a renunciar à própria intimidade, porque a civilização atual, ao transformar a pessoa em mera peça do sistema social, acaba desvalorizando-a, tornando-a anônima nas grandes concentrações urbanas. Por isso:

a exposição de sua vida à curiosidade e controle alheios resulta, paradoxalmente, na superação de sua mediocridade: ser espionado e, de algum modo, ser importante. Este sentimento a tal ponto foi difundo e prestigiado pela filosofia tecnológica que, nos tempos vertentes, a vida privada, a solidão, é interpretada como um prazer vicioso, índice de excentricidade, sintoma de marginalização e mediocridade.⁴⁷

Além dessas considerações bastante avançadas para o direito brasileiro da época, Paulo José da Costa Junior apontava a natureza dúplice da privacidade, tanto ao considerá-la como o desejo de estar só (intimidade interior), quanto ao entendê-la como o resguardo em meio ao espaço público, permanecendo-se alheio às solicitações de terceiros que o rodeiam (intimidade exterior). Também apontou que no Direito Civil brasileiro

⁴⁵ LUSKY, Louis. Invasion of privacy: a clarification of concepts. *Columbia Law Review*, v. 72, p. 693-707, 1972.

⁴⁶ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade* (art. 162 do novo Código Penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 17.

⁴⁷ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Idem*. p. 16.

inexistiam normas de proteção à privacidade e o Direito Penal também era defasado nessa proteção, porque só se tutelava penalmente a violação do domicílio. Assim, se alguém conseguisse ingressar legitimamente dentro da casa, por exemplo, um empregado, e vasculhasse documentos em gavetas, estaria a salvo da punição penal. Do mesmo modo, estaria a salvo da lei penal quem invadissem a privacidade alheia por meio de equipamentos de monitoramento remoto.⁴⁸

Na França, Roger Nerson demonstrava certa preocupação com as possibilidades de invasão de privacidade resultantes do desenvolvimento tecnológico, embora sua ênfase tenha sido na espionagem.⁴⁹ Raymond Lindon sustentava que o direito à privacidade era uma construção pretoriana, em razão da ausência do legislador na tutela dos direitos da personalidade, até o advento da Lei de 17 de julho de 1970, voltada à proteção da vida privada, a despeito da Lei de 6 de maio de 1944, que inseriu na lei de imprensa a possibilidade de divulgação de fatos privados, desde que verdadeiros. Essa obra reflete o entendimento do direito de estar só, em face das invasões perpetradas pela imprensa na vida de pessoas famosas. A respeito dos computadores, são dedicadas apenas três páginas,⁵⁰ para destacar a possibilidade do uso dessas máquinas no processamento de informações fornecidas pelas pessoas em registros civis, questionários, declarações de impostos, *dossiers* de empregados, registros da seguridade social e fichas de clientes de hotéis.

Houve tentativas de violação da privacidade dos cidadãos europeus por meio de iniciativas governamentais. Na França, tentou-se criar o projeto SAFARI (Sistema Automatizado de Arquivos Administrativos e de Informações sobre Indivíduos), o qual foi encerrado em 1974 após reclamações. Em 1982, na Alemanha, desejava-se que a população respondesse no censo a 160 perguntas. Entendeu-se que nesse caso estava havendo desvio de finalidade, sem que as pessoas tivessem o controle sobre o que seria feito com esses dados. A justiça alemã, ao julgar esse caso, teria mencionado a autodeterminação informativa, como o direito dos indivíduos de decidirem os limites sobre o uso de seus dados pessoais.⁵¹

Richard Posner, no fim da década de 1970, procurou analisar esse problema sob a ótica do *law and economics*. Seu ponto de partida é o de que a informação é um bem economicamente valioso por ser útil aos interessados, já que, na maior parte dos casos, não se quer saber algo por fofoca. Existem custos para manter informações em segredo, custos para a obtenção de informações desconhecidas, e perdem-se muitas oportunidades

⁴⁸ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Idem*. p. 8; 77-78.

⁴⁹ NERSON, Roger. La protection de la vie privée en droit positif français. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 23, n. 4, p. 737-764, 1971.

⁵⁰ LINDON, Raymond. *Idem*. p. 1; 12; 112; 114.

⁵¹ DONEDA, Danilo. *Idem*. p. 190; 192; 196.

por causa do dolo praticado pelas pessoas. Por isso, Posner apresentou uma visão crítica acerca da proteção da privacidade, inclusive ao ter indagado se esta seria o direito de mentir para as demais pessoas. Também criticou a ideia do “right to be let alone”, porque, em seu entender, as pessoas, na verdade, não querem viver sozinhas. Outro ponto criticado por Posner é que as tentativas de reconhecimento de um direito à privacidade eram voltadas ao enfraquecimento do poder do governo e, por isso, defendeu que o direito à privacidade somente deveria ser tutelado quando tais segredos fossem economicamente valiosos. Nesse sentido, segredos empresariais deveriam ser tutelados com muito mais intensidade do que segredos pessoais.⁵² Esse entendimento foi duramente criticado por Edward Bloustein, ao ter apontado que muitas das respostas dadas por Posner ao longo de seu texto não são dadas com base em sua própria teoria, que, aliás, seria contraditória, pois, para ele, ora a privacidade seria útil e ora, inútil. Apontou, ainda, que, para Posner, privacidade somente serviria para equilibrar os limites da revelação de informações em face do dolo, quando, na verdade, a privacidade transcende essa questão, ao contribuir para com o crescimento do ser humano, ao conferir-lhe individualidade e dignidade.⁵³

Pierre Kayser analisou o tema da privacidade não apenas sob o ponto de vista tradicional, de invasões à esfera privada, mas também do ponto de vista da informática. Destacou que foi com as novas declarações de direitos humanos que o direito à privacidade consolidou-se, motivados pelo desenvolvimento da ciência e da técnica.⁵⁴ O temor de que dados incorretos armazenados em computador sobre uma pessoa poderiam colocá-la em risco, porque, apensar desse problema também poder acontecer em arquivos manuais, a informática poderia potencializá-lo. Isso se tornava muito perigoso quando tais informações fossem usadas para a elaboração de perfis de pessoas para aferição de seu coeficiente de periculosidade. Outro problema apontado por Kayser era a conservação por prazo indeterminado dessas informações sobre as pessoas. Também a privacidade, entendida como autonomia, manifestava-se como o direito de educar os filhos em sua própria língua-mãe, em vez da língua oficial do país ou a obrigatoriedade de uso de anticoncepcionais entre casais.

4.3. Terceira fase: a privacidade na Internet

A real possibilidade de monitoramento das pessoas pelo Estado e por empresas, por meio da Internet, ensejou a retomada das discussões sobre o que a

⁵² POSNER, Richard A. The economics of privacy. *Regulation*, v. 2, May/Jun. 1978. p. 19-20; 22; 25-26.

⁵³ BLOUSTEIN, Edward J. Privacy is dear at any price: a response to Professor Posner's Economic Theory. *Georgia Law Review*, v. 12, 1977-1978. p. 452-453.

⁵⁴ KAYSER, Pierre. Idem. p. 13-14; 25; 130.

privacidade significa em um mundo em que as pessoas fornecem voluntariamente uma quantidade muito grande de dados pessoais, não mais apenas pelos meios tradicionais de preenchimento de cadastros, mas pelo rastreamento dos seus relacionamentos interpessoais, pensamentos e interesses.⁵⁵ Os juristas necessariamente retomaram as reflexões já apresentadas na década de 1960, como se os predecessores tivessem acertado em suas previsões para o futuro que se fez presente. O próprio Alan Westin escreveu um texto em 2003, em que retomou discussões trazidas em *Privacy and Freedom*, em termos da pouca importância da privacidade em regimes autoritários e da sua grande importância em democracias, como também discutiu as diferentes percepções da privacidade entre as classes sociais e nos diversos aspectos sociais, como o ambiente familiar. Ao trazer reflexões sobre o desenvolvimento da privacidade, Westin apontou que, até a década de 1960, pouca importância se dava à privacidade, já que ela atingia as pessoas noticiadas nos jornais. Somente após a década de 1960 é que aumentou a preocupação geral com o tema, porque, entre 1960 a 1980, o mundo passou por momentos conturbados, de grandes contestações sociais, e os governos iniciaram a coleta de dados em prontuários e registros individuais, o que levou à edição de leis de defesa da privacidade. Ainda na década de 1980, os computadores estavam sendo usados para essa finalidade, mas ainda eles não estavam conectados entre si. Somente a partir do ano 2000 é que as questões tornaram-se muito sensíveis, por causa das justificativas de restrição da privacidade para o combate ao terrorismo, como também foi a partir dessa época em que se ampliou o uso da Internet, conectando-se os computadores, como também se ampliou o uso dos telefones celulares. O fluxo de dados entre os países aumentou substancialmente, a ponto de poder falar em uma globalização das questões relativas à privacidade. Westin apontou que há pessoas que se tornaram “privacy fundamentalists”, ao se importarem bastante com a privacidade; há os “privacy unconcerned”, que são indiferentes à situação e os “privacy pragmatists”, que aprovam o monitoramento que sofrem pelo governo e empresas. Assim, nesse cenário, dever-se-ia falar em um “caveat surfer”.

Daniel J. Solove tem estabelecido debate acadêmico a respeito desses problemas.⁵⁶ Em um de seus artigos mais representativos, destacou que, com os ataques

⁵⁵ Antes mesmo da diminuição voluntária da privacidade trazida pela Internet, a televisão já havia antecipado essa possibilidade por meio dos *reality shows*, alguns deles denominados de “Big Brother”, em alusão ao livro 1984, em que se confinam pessoas em uma casa com diversas câmeras espalhadas por todos os cômodos, para que se vejam as reações das pessoas em tempo real. É certo que os participantes encenam personagens de si mesmos do que propriamente reações espontâneas, uma vez que a proposta do programa é de proporcionar voyeurismo, mas o que se discutia era a possibilidade jurídica de restringirem sua privacidade por meio de contrato, uma vez que, no direito brasileiro, assim como em outros países, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis.

⁵⁶ SOLOVE, Daniel. J. I’ve got nothing to hide and other misunderstandings of privacy. *San Diego Law Review*, v. 44, n. 4, Nov./Dec. 2007. p. 745-747; 755.

de 11 de setembro em Nova Iorque, o governo autorizou a Agência de Segurança Norte-Americana a proceder à interceptação da maior parte das ligações telefônicas e realizasse processos de *data mining*. Relatou, ainda, a criação do programa de “total consciência informacional”, que, embora tenha sido descontinuado formalmente, deva funcionar secretamente. Solove retomou a observação feita anteriormente por Miller de que as pessoas concordam com essas práticas pelo argumento de que não tem nada a esconder do governo por agir em conformidade com a lei, e que não se importavam com essa prática em nome da segurança. De acordo com Solove, essa prática aprofundava o monitoramento governamental.

Lion Strahilevitz⁵⁷ esboçou uma teoria da privacidade baseada no conceito de redes sociais, uma vez que privacidade não pode ser mais entendida como manter em segredo certas informações, mas sim em que medida se aceita que essa informação seja compartilhada por terceiros. Avançando em relação ao pensamento de Charles Fried, apontou que não basta apenas revelar fatos sobre si mesmo para criar intimidade. Por exemplo, a revelação do número do sapato não gera mais intimidade para com a outra. Assim, a intimidade não viria do acesso ou não à informação, mas da qualidade da informação. Além disso, há informações que a pessoa deseja que os outros saibam e outras informações se deseja mantê-las em segredo, o que torna o critério da qualidade da informação bastante subjetivo. Dessa maneira, há informações reveladas na expectativa de que o destinatário não vai espalhá-las e outras informações que se pressupunha que terceiros fossem revelá-las. A esse fato Lion Strahilevitz denominou-o de privacidade limitada, que é a ideia de que uma pessoa revela informações privadas sobre si mesma a uma ou mais pessoas, acreditando razoavelmente que estas não seriam repassadas a terceiros. Para tanto, o conceito de redes sociais ajudaria no balizamento acerca do grau de intimidade que se terá, em termos de disseminação de informações privadas. Por exemplo, com o vizinho falam-se trivialidades. Com o cônjuge, falam-se outras. Dentro de uma empresa, falam-se trivialidades com o colega, enquanto se pode falar mais com outra pessoa de outra empresa, devido ao contato diário. A grande dificuldade na disciplina jurídica desse problema é que, na maioria dos casos, o direito não se importa com quem revela espontaneamente informações sobre si mesmo, tal como ocorre nas redes sociais na Internet. No mesmo sentido, em 2011, Connie Powell apontou que é difícil falar em violação da privacidade, quando o próprio usuário divulga espontaneamente suas informações, não as fazendo mais privadas. Basta observar que, se não houve invasão,

⁵⁷ STRAHILEVITZ, Lion. A social networks theory of privacy. *University of Chicago Law Review*, v. 72, 2005. p. 921; 925; 930-931; 939; 958.

não se aplicam as leis de crimes virtuais. Por isso, a noção de privacidade tornou-se inadequada para as redes sociais na Internet.⁵⁸

Daniel J. Solove, em 2013, retomou as ideias da insustentabilidade dos conceitos tradicionais de privacidade existentes desde a década de 1970,⁵⁹ que ainda se baseiam no direito de consentir sobre o acesso de terceiros às suas informações pessoais, por meio do autogerenciamento da privacidade, quando, na verdade, ninguém confere as políticas de privacidade das redes sociais; há ainda a questão da racionalidade limitada: as pessoas não as leem; se as leem, não as entende; se as entende, pode não praticá-las. Também há a dificuldade para controlar o acesso a essas informações, já que são recolhidas de todas as partes e em grande quantidade, tornando-se inviável manifestar o consentimento a todo momento.

Neil M. Richards,⁶⁰ fazendo referência ao livro 1984, apontou que o monitoramento excessivo poderia destruir as liberdades civis, porque as pessoas poderão sentir-se acuadas de manifestarem suas opiniões, pois essa prática dá margem à intimidação. Se, pelo monitoramento, for possível saber tudo sobre alguém, as pessoas vão começar a ter pensamentos padronizados, destruindo-se a diversidade intelectual. Ademais, não há garantias de que esses dados recolhidos permanecerão eternamente secretos. Por isso, o autor sugere a defesa de uma “privacidade intelectual”.

No Brasil, Danilo Donadon analisou esse tema a respeito do uso dos dados pessoais, porque as pessoas podem ser julgadas previamente a partir do repertório de informações sobre ela coletados, em termos de celebração de contratos de planos de saúde ou quanto em termos de controle de imigração. Em sua opinião, o uso de dados pessoais, em si mesmos, não é problema em termos de privacidade, porque o uso dos mesmos traz eficiência nos processos burocráticos. O problema está no controle dos dados, porque não há como fazer esse controle, tamanha a quantidade de dados a respeito de cada pessoa.⁶¹

Marcel Leonardi, em tese defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,⁶² também estudou a questão da privacidade na Internet, mediante a análise dos problemas que ocorreram na segunda metade da década de 2000. Apontou que a tutela individual de proteção à pessoa humana revelou-se insuficiente na reparação dos danos, porque estes costumam ser muito grandes, quando causados no

⁵⁸ POWELL, Connie Davis. You have already zero privacy. Get it over! Would Warren and Brandeis argue for privacy for social networking? *Pace Law Review*, v. 31, n. 1, 2011. p. 170-175.

⁵⁹ SOLOVE, Daniel. J. Introduction: privacy self-management and the consent dilemma. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 126, n. 7, May 2013. p. 1.880; 1.885; 1.888

⁶⁰ RICHARDS, Neil M. The dangers of surveillance. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 126, n. 7, May 2013. p. 1.935; 1.948; 1.951; 1.955.

⁶¹ DONEDA, Danilo. Idem. p. 2.

⁶² LEONARDI, Marcel. *Tutela da privacidade na Internet*. 2009. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

ambiente da Internet, como o caso de envio de fotografias de pessoas nuas como forma de vingança, a propagação do ódio por meio das redes sociais. Colocou que as poucas formas de autotutela consistiam na limpeza dos *cookies* dos computadores e o uso de criptografia, uma vez que o *habeas data* ainda é de difícil aplicação, a natureza mundial da Internet dificulta a cooperação internacional e o bloqueio do IP de determinada página pode ser inócuo, tal como aconteceu no caso envolvendo a atriz Daniela Cicarelli, em que se divulgou vídeo em que ela fazia sexo em uma praia na Espanha e o impedimento ao acesso a esse material resultou no bloqueio do acesso a todos os vídeos do site.

Outro autor que apresentou reflexões substanciais é Stefano Rodotà.⁶³ Ao fazer referência à insuficiência da ideia de consentimento para uso e recolha de dados pessoais na Internet, apontou com maior precisão que a coleta de informações voltou a ser importante negócio e os usuários estão em situação de vulnerabilidade e hipossuficiência em face dos grandes provedores de serviços, tal como ocorre em termos de Direito do Consumidor. O segundo problema é que, nos tempos atuais, o fornecimento de bens e de serviços exige em pagamento não apenas a quantia em dinheiro, mas, também, a cessão de informações pessoais por meio dos cadastros, que registram os usuários, as horas e locais habitualmente acessados, as escolhas feitas, as formas de pagamento preferidas, entre outros. Além disso, o aumento das leis de proteção à privacidade nos países poderia levar ao surgimento de “paraísos de dados”, tal como existem os “paraísos fiscais”, o que é facilmente arquitetado em razão da escala mundial da rede, embora, na opinião de Rodotà, essa coleta de informações praticada é indiferente à vigilância de cada pessoa, no sentido de desencorajamento de comportamentos, mas sim o de monitorar os comportamentos dentro do mercado, de modo que eles sejam repetidos tanto quanto possível, para que sempre as pessoas estejam consumindo produtos e serviços. Ademais, com o monitoramento dos consumidores, conseguem-se realizar estratégias de marketing mais precisas, ao atingir diretamente os consumidores potenciais. Dessa forma, segundo Rodotà, tendo em vista que o recolhimento de informações isoladas sobre determinada pessoa pode vir a constituir um conjunto de dados sensíveis sobre a mesma, surgem novas estratégias de autodefesa de sua privacidade, como o uso de perfis falsos ou transmissão de informações falsas sobre si mesmo, ainda que nem sempre isso seja possível. O conceito de privacidade para Rodotà consistiria não mais apenas no direito de controlar as informações, mas, sobretudo no direito de determinar as modalidades de construção de sua esfera privada, de modo a proteger o “patrimônio informativo atual ou potencial” de uma pessoa. Logo:

⁶³ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. A privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes; Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 19; 52-53; 65; 82; 84; 99; 109; 112-114; 116; 129.

No âmbito da comunicação eletrônica, ela pode se exprimir sobretudo como uma necessidade de anonimato ou, melhor dizendo, como exigência de assumir a identidade preferida, apresentando-se com um nome, um sexo, uma idade que podem ser diferentes daqueles efetivamente correspondentes aos dados do indivíduo. Requer-se assim a tutela de uma identidade nova, de uma identidade construída, como condição necessária para o desenvolver a própria personalidade, para alcançar plenamente a liberdade existencial.

Em conclusão, Rodotà coloca a questão delicada do recolhimento de dados por meio dos prontuários médicos. Tais informações não podem ser acessadas, porque são notadamente violações aos direitos da personalidade, uma vez que serão usadas para fins discriminatórios. Assim, a circulação dessas informações não pode ser objeto de negócio. Por todas essas razões, é preciso exigir transparência por parte dos agentes econômicos que coletam informações no mercado.

5. Leis brasileiras de tutela da privacidade na Internet

5.1. Lei “Carolina Dieckmann”

Desde 1996 o Congresso Nacional procurava legislar sobre a proteção da pessoa na Internet, como forma de solucionar esses problemas apontados pela doutrina. Cabe destacar que se havia apresentado o Projeto de Lei n. 1.712/1996, que tratava do acesso, da responsabilidade e dos crimes cometidos nas redes integradas de computadores. Esse projeto cuidava tanto da proteção da privacidade das pessoas como também tipificava condutas como crimes. Merecem destaque o art. 1º, segundo o qual “[o] acesso, o tratamento e a disseminação de informações através das redes integradas de computadores devem estar a serviço do cidadão e da sociedade, respeitados os critérios de garantia dos direitos individuais e coletivos, da privacidade das informações pessoais e da garantia de acesso às informações disseminadas pelos serviços da rede”. Estabelecia-se no art. 4º a obrigatoriedade de um administrador de redes, o qual ficaria responsável solidariamente com o provedor de serviços, nos termos do art. 8º, pela segurança, integridade e sigilo das informações armazenadas em bases de dados ou disponíveis para consulta.

Em capítulo específico desse projeto de lei, estabelecia-se a proteção da privacidade dos usuários. Nos termos do art. 11, seriam consideradas “pessoais as informações que permitam, sob qualquer forma, direta ou indiretamente, a identificação de pessoas físicas às quais elas se refiram ou se apliquem”. Nesse sentido, nos termos do art. 12, ninguém seria “obrigado a fornecer informações e dados sob sua pessoa ou a de terceiros, salvo nos casos previstos em lei”. Também se exigia o consentimento para a

coleta desses dados pelo art. 13, ao dispor que “a coleta, o processamento e a distribuição, com finalidades comerciais, de informações pessoais, ficam sujeitas à prévia aquiescência da pessoa a que se referem”. Nos parágrafos 1º a 3º deste artigo 13, dispunha-se que se deveria dar à pessoa conhecimento das informações pessoais armazenadas e as respectivas fontes, como também se asseguraria o direito de retificação de qualquer informação incorreta, além da proibição de armazenamento da informação pelo período superior à sua validade, salvo disposição legal ou judicial em contrário.

Outros dispositivos interessantes eram os previstos no art. 15, segundo o qual “os serviços de informação ou de acesso a bases de dados não distribuirão informações pessoais que revelem, direta ou indiretamente, as origens raciais, as opiniões políticas, filosóficas, religiosas ou sexuais e a filiação a qualquer entidade, salvo autorização expressa do interessado”, no art. 16, pelo qual “nenhuma decisão administrativa ou judicial poderá basear-se, para a definição do perfil do acusado ou da parte, apenas em dados obtidos mediante o cruzamento de informações automatizadas” e no art. 17, de modo que “somente por ordem judicial e observado os procedimentos e legislação cabíveis, poderá haver cruzamento de informações automatizadas com vistas à obtenção de dados sigilosos”.

Na parte que tratava dos crimes, previram-se vinte e dois tipos penais, que tratavam, em geral, da invasão de redes de computadores, apropriação de dados existentes ou inserção de dados falsos na mesma, a falsificação ou apagamento de dados, a interceptação de dados, a obtenção de informações confidenciais de pessoas, e o desvio de dinheiro, fundos, créditos e aplicações. As penas previstas eram de três a seis meses de detenção para invasão de sistemas de computadores, de seis meses a um ano de detenção para a obtenção indevida de dados pessoais, e de dois a seis anos de reclusão para o desvio de dinheiro, fundos, créditos e aplicações.

Posteriormente, apresentou-se o Projeto de Lei n. 84/1999, que tratava dos crimes de informática, ainda que reproduzisse os arts. 1º, 11 a 17, do Projeto de Lei n. 1.722/1996. Em termos criminais, propôs-se a redução para oito tipos penais, que tratava do acesso não autorizado a redes, o apagamento, destruição ou alteração de programa de computador, a obtenção, manutenção ou fornecimento de dado ou instrução de computador, a obtenção de segredos comerciais ou de indústria e a colocação de vírus nas redes. Também previa a tipificação da divulgação de material pornográfico infantil. As penas variavam de seis meses a um ano de detenção em caso de acesso não-autorizado, de um a quatro anos de reclusão em caso de criação ou disseminação de vírus.

No entanto, em 2011, apresentou-se o Projeto de Lei n. 2.793/2011, que propunha apenas tratar de crimes cometidos pela Internet, para “(...) evitar incorrer nos mesmos erros do PL n. 84/1999”, ao propor a “(...) criação de tipos penais aplicáveis a condutas praticadas na Internet, mas apenas aquelas estritamente necessárias à repressão

daquelas atividades socialmente reconhecidas como ilegítimas e graves”.⁶⁴ Ademais, “(...) a presente proposta apresenta um número de tipos penais significativamente inferior àquele apresentado pelo PL n. 84/1999. Norteamo-nos, nesta escolha, pela compreensão de que grande parte das condutas relativas praticadas por meios eletrônicos já se encontra passível de punição pelo ordenamento jurídico pátrio. Ainda, pautamo-nos pela visão de que não é a proliferação de tipos penais que levará a maior repressão de condutas”,⁶⁵ assim como se procurou modificar a situação de que:

(...) grande parte dos tipos penais ali propostos apresenta redação significativamente aberta, e muitas vezes sob a forma de tipos de mera conduta, cuja simples prática – independentemente do resultado obtido ou mesmo da específica caracterização da intenção do agente – já corresponderia à consecução da atividade criminosa. Tal estratégia redacional, típica de uma sociedade do risco e de uma lógica de direito penal do inimigo, busca uma antecipação da tutela penal a esferas anteriores ao dano, envolvendo a flexibilização das regras de causalidade, a tipificação de condutas tidas como irrelevantes, a ampliação e a desproporcionalidade das penas e a criação de delitos de perigo abstrato, dentre outras características.⁶⁶

Esse Projeto de Lei converteu-se na Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012, tornando-se conhecida por Lei “Carolina Dieckmann”, porque essa atriz teve fotos íntimas obtidas de seu computador pessoal e divulgadas na Internet pelo fato de ela não se ter submetido à chantagem da pessoa que teve acesso a esse material. Tipificou-se o crime de interrupção ou perturbação de serviço telemático ou de informação de utilidade pública, como também o de “clonagem” de cartões de crédito e de débito, equiparando-se ao crime de falsificação de documento particular. Merece destaque a inserção do art. 154-A no Código Penal brasileiro, para estabelecer como crime a violação da privacidade por meio da invasão de dispositivo informático alheio:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

⁶⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2.793/2011*. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br>>.

⁶⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Idem*.

⁶⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Idem*.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Todavia, essa lei é meramente simbólica, porque as penas imputadas são muito brandas e não dissuadirão as pessoas que sentem compulsão a invasão de privacidade a deixarem de praticar essas condutas. Não há como deixar de registrar que se tipificaram tais condutas com muito atraso, uma vez que essa ideia já se cogitava em linhas gerais na década de 1960, quando Paulo José da Costa Junior apontava a insuficiência do Direito Penal na tutela da intimidade, uma vez que somente se previa a invasão de domicílio como crime.

5.2. Marco Civil da Internet

Em 2013 houve grande escândalo mundial a respeito da revelação de que os Estados Unidos monitoravam as correspondências eletrônicas não apenas de seus cidadãos, mas de quaisquer pessoas em qualquer parte do mundo, como também espionavam outros chefes de Estado, inclusive a do Brasil, transcendendo ao combate ao terrorismo, de tal sorte que esta coleta de informações se tornou quase um fim em si mesmo, assim como os

juristas norte-americanos haviam previsto entre as décadas de 1960 e 1970. Devido a essa repercussão negativa, o governo brasileiro viu nesse fato a oportunidade de aprovação de uma lei sobre os direitos e deveres dos usuários de Internet no Brasil, intitulada de Marco Civil da Internet, promulgada sob o n. 12.965, de 23 de abril de 2014. O projeto de lei que deu origem ao Marco Civil da Internet estava, na verdade, em tramitação no Congresso Nacional sob o n. 2.126/2011. Buscava-se procurar suprir a legislação atual em termos de defesa dos direitos da personalidade das pessoas na Internet pelo tripé “liberdade de expressão”, “proteção da privacidade” e “neutralidade da rede”.

O Marco Civil da Internet tratou da questão da privacidade em diversos artigos, a começar pelo reconhecimento de que um dos princípios da disciplina do uso da Internet no Brasil é a garantia da privacidade (art. 3º, II) e a proteção dos dados pessoais, na forma da lei (art. 3º, III). Com redundância, o art. 8º. Declara que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet”. Porém, talvez por já se reconhecer a enorme dificuldade da regulação jurídica tradicional em termos da tutela da privacidade na Internet, a tônica desta lei foi a de usar e abusar das redundâncias em seu texto, como também na reafirmação do direito positivo já vigente no Brasil, o que faz refletir sobre a necessidade de se ter aprovado essa lei.

Em clara paráfrase do disposto no art. 5º, X, da Constituição Federal, declaram-se como direitos dos usuários da Internet, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, bem como sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 7º, I), a inviolabilidade do sigilo e do fluxo de suas comunicações pela Internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei (art. 7º, II), a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial (art. 7º, III).

Também se reconhecem como direitos o não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de Internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei (art. 7º, VII); o recebimento de informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de Internet; (art. 7º, VIII). O consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; (art. 7º, IX) e a exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de Internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei art. 7º, X.

Como se pode observar, esses artigos não representam avanços em comparação com o Projeto de Lei n. 1.712/1996 e já foi promulgado bem defasado em relação aos problemas atuais da Internet, apontados pela doutrina de que o consentimento para o armazenamento de informações é ineficaz na tutela da privacidade na Internet. Por exemplo, não há como o usuário saber se dados pessoais seus foram ou não coletados ou qual a finalidade dessa coleta, ante a total vulnerabilidade e assimetria de poder entre um usuário e as grandes corporações da Internet. Além disso, o usuário de Internet não tem como saber se seus dados pessoais foram realmente apagados a seu requerimento, depois de seis meses ou de um ano. Considerando que esses dados têm valor econômico, difícil imaginar que, em nítido conflito de interesses, os mesmos serão destruídos após tal período. Pode-se disfarçar que a lei será aplicada, solicitando o consentimento de que um ou outro dado poderá ser coletado, tal como se fez recentemente na principal rede social do mundo, mas, certamente, maior parte desses dados serão mesmo coletados sem conhecimento nem consentimento dos interessados.

O Marco Civil da Internet procurou regular em pormenores como se dará a proteção dos dados pessoais ao longo das seções II a IV do Capítulo III (arts. 10 a 27; 22 e 23), ao tratar, respectivamente, da proteção dos registros, dados pessoais e comunicações privadas; da guarda dos registros de conexão; da guarda dos registros de acesso a aplicações de Internet na provisão de conexão e também na provisão de aplicações; e da requisição judicial de registros. A ideia é o combate aos crimes e atos ilícitos civis praticados por meio da Internet. Mais uma vez, declara-se que se deve preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, direta ou indiretamente envolvidas, nas ações de guarda e registro de conexão ou de acesso a aplicações de Internet, bem como dos dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas. (art. 10) e que o acesso a tais informações somente será realizado por ordem judicial. (art. 10, §§ 1º e 2º).

O provedor de conexão à Internet não pode guardar os registros das aplicações de Internet cada usuário acessou (art. 14), mas é obrigado a manter guardados os registros de acesso de cada usuário, sob sigilo, pelo prazo de um ano, (art. 13) podendo ser prorrogado cautelarmente a pedido da autoridade policial ou administrativa ou do Ministério Público (art. 13, § 2º). No entanto, o acesso a estes dados por estas autoridades somente se dará mediante autorização judicial (art. 13, § 5º). Já o provedor de aplicações de Internet deverá guardar os registros de acesso dos usuários, em sigilo, pelo prazo de seis meses (art. 15), também prorrogáveis cautelarmente a pedido de autoridade policial ou administrativa ou do Ministério Público, cujos dados somente poderão ser acessados por ordem judicial (art. 15, § 3º). No entanto, fica proibida a guarda dos registros de acesso a outras aplicações de Internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente (art. 16, I) ou de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular (art. 16, II). Assegura-se o direito do interessado de

requerer judicialmente o oferecimento de registros de conexão ou de acesso a aplicações de Internet, para fins de constituição de conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo (art. 22).

Assim como há limitações quanto à coleta de dados, essas regras pouco acrescentam em termos de apagamento de todas as informações coletadas, já que a ênfase deu-se em termos de responsabilidade civil ou criminal, mas se esqueceu de combater todos os danos que podem advir da formação desses *dossiers* sobre as pessoas, posto que não há como saber se estes dados serão realmente apagados depois de seis meses ou de um ano, conforme o caso.

Mais um artigo que mostra a falência da regulação da privacidade na Internet é o art. 11 do Marco Civil da Internet, em que se procurou conferir aplicação extraterritorial à proteção da intimidade e da vida privada dos usuários brasileiros. Não há como aplicar tal norma, uma vez que os principais mecanismos de busca, servidores de e-mails e páginas de redes sociais estão instalados nos Estados Unidos, em face dos quais o Brasil não tem jurisdição. Também será ineficaz o art. 11, § 3º, por meio do qual “os provedores de conexão e de aplicações de Internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações”, porque não há como auditar essas práticas dentro desses ambientes corporativos dos provedores de conteúdo da Internet.

6. Conclusão

Ao longo da história, houve diversos episódios em que as sociedades manifestaram apreensão quanto aos seus próprios destinos, em face das transformações que ocorriam nesses períodos. Na Idade Moderna, por exemplo, houve tensão entre a esperança de um mundo melhor – a existência do progresso – por meio da ciência moderna, e a percepção do “naufrágio das civilizações”, resultantes do pessimismo para com o ser humano. Como explicou Paolo Rossi, os iluministas e os positivistas acreditavam no progresso e em leis sobre o mesmo, que consistiam na existência da evolução humana em direção à perfeição e à felicidade, obtidas pelo crescimento do saber científico e da técnica. Esses saberes seriam as principais fontes do progresso político e moral. Os obstáculos, portanto, seriam transitórios e invariavelmente superáveis. No entanto, essa ideia foi destruída com as guerras mundiais do século XX, porque esses conflitos destruíram a sensação de segurança, de caminho único, além de a realidade apresentar

uma luta desigual entre o indivíduo e a sociedade, que se parece mais com uma máquina destruidora da autêntica natureza humana.⁶⁷

Essa tensão aparece novamente com a Internet, que, de um lado, trouxe avanços incríveis em termos de difusão do conhecimento, da manifestação do pensamento e de relacionamentos interpessoais, ao mesmo tempo em que se tornou o principal veículo de recolhimento de informações das pessoas, as quais, reunidas, reduzem sensivelmente a privacidade, a ponto de tornarem inócuas e ineficazes todas as legislações a respeito do tema. Com isso, são desanimadoras as tentativas de resistência ao monitoramento e controle exercidos pelos Estados e pelas grandes companhias privadas nos moldes legais atuais. Parafraseando Orwell, há situações de duplipensar: a Internet reduz sensivelmente a privacidade das pessoas, ao mesmo tempo em que confere a sensação de anonimato, típica da privacidade. Noutro sentido, confere maior liberdade de expressão, ao mesmo tempo em que, com essa liberdade, permite monitoramentos intensos e, por que não, controles sociais. Logo, a Internet, conectando todos os computadores e os telefones celulares, torna-se, na prática, uma espécie de “Grande Irmão”. No livro 1984, havia teletelas e câmeras. Atualmente, no mundo real, além das câmeras de segurança, todas as pessoas ficam diante das telas dos computadores e dos telefones celulares o tempo todo. Houve até mesmo aprimoramentos em relação ao livro 1984, porque as teletelas eram fixas, enquanto os computadores e telefones celulares são portáteis. Do mesmo modo, assim como os “proles” não eram controlados, o mesmo ocorre nos dias atuais em razão da grande quantidade de pessoas que ainda não passou pelo processo de “inclusão digital”. Surge ainda esse paradoxo: enquanto no livro 1984 as pessoas eram apagadas dos arquivos e dos jornais por atuação do Partido, tornando-se uma “impessoa”, como se nunca tivesse existido, a Internet, por sua vez, na realidade, faz com que a pessoa pleiteie o seu esquecimento, um direito de não ser reconhecido nem lembrado, ou, em outras palavras, transfira o encargo de buscar ser uma “impessoa” na Internet por seu próprio desejo.

Chama a atenção o fato de que os juristas alertaram esse movimento em direção ao fim da privacidade desde a década de 1960, assim como os juristas da década de 2000 acabaram por retomar os argumentos anteriormente sustentados. O que, aparentemente, seria um problema contemporâneo, já se escrevera antes mesmo do uso comercial da Internet. Inclusive as leis brasileiras a respeito da proteção da privacidade, como a Lei “Carolina Dieckmann” e o Marco Civil da Internet, foram promulgadas com defasagem, seja porque desde a década de 1970 se temia pela invasão não-autorizada a sistemas informáticos, como também desde aquela época já se sabia da ineficiência dos

⁶⁷ ROSSI, Paolo. *Náufragos sem espectador*: a ideia de progresso. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 2000. p. 95.

mecanismos de consentimento para a autotutela da privacidade. Por isso, a própria doutrina reconhece que o próprio conceito de privacidade está em crise, porque é impossível controlar as informações pessoais, mas, no máximo, saber para quem essas informações pessoais serão transmitidas e confiar para que um bom uso delas seja realizado.

Apesar de todas essas dificuldades, impõe-se reconhecer que a privacidade é importante para o desenvolvimento humano, porque se tornaria insuportável viver em um mundo em que todas as pessoas pudessem ter acesso aos pensamentos, sentimentos, sonhos, ações e omissões das demais, tal como George Orwell procurou exemplificar por meio do livro 1984. A própria mente humana desenvolveria mecanismos de defesa, por meio da loucura, para que a pessoa voltasse a ter a possibilidade de viver em um mundo paralelo ao da realidade. Continuam como direitos fundamentais o direito de estar sozinho, sem sofrer invasões de terceiros, ao lado do reconhecimento de que o acesso desnecessário ou abusivo a informações privadas pode resultar na destruição da integridade psíquica de uma pessoa, causando-lhe danos, muitas vezes, irreparáveis, como a perda de oportunidades de desenvolvimento pessoal e humilhações em suas redes de relacionamentos.

Não há como saber o caminho que se está trilhando ou aonde se chegará com o recolhimento de tantas informações pessoais. Muito provavelmente, o mundo não terá as características descritas em 1984, porque a liberdade é essencial ao funcionamento das economias, ao contrário do que havia no mundo descrito por Orwell. Inclusive, essa maior restrição à privacidade é provocada, sobretudo, pela tentativa de obtenção de maiores lucros pelo maior conhecimento dos hábitos de consumo das pessoas. Resta ter a esperança de que as legislações não trabalharão em termos binários de publicidade-privacidade, pela notória ineficácia da regulação desse tema, mas que acabarão por pactuar o ponto de equilíbrio entre o que as sociedades toleram que deve ser conhecido e o que não deve ser conhecido, passando, sobretudo, pelo maior conhecimento das consequências de maior ou menor privacidade nas relações interpessoais.

São Paulo, 15 de dezembro de 2014.

Referências.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2.793/2011*. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br>>.

BLOUSTEIN, Edward J. Privacy as an aspect of human dignity. An answer to Dean Prosser. *New York University Law Review*, v. 39, p. 962-1007, 1964.

_____. Privacy is dear at any price: a response to Professor Posner's Economic Theory. *Georgia Law Review*, v. 12, p. 429-453, 1977-1978.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade (art. 162 do novo Código Penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DE MATTIA, Angelo; PALLADINO, Alfonso; GALLI, Guido. *Il diritto alla riservatezza*. Milano: Giuffrè, 1963.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACEBOOK. *Política de uso de dados*. Disponível em: <https://www.facebook.com/full_data_use_policy>.

FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FRIED, Charles. Privacy. *The Yale Law Journal*, v. 77, n. 3, p. 475-493, Jan. 1968.

FROMM, Erich. *Afterword to George Orwell's 1984*. Disponível em: <<http://mayachamidigitalarts.blogspot.com.br/2011/05/george-orwells-1984-afterword-by-erich.html>>.

GLECKNER, Robert. F. 1984 or 1948? *College English*, v. 18, n. 2, p. 95-99. Nov. 1956.

GOLDSTEIN, Philip. Orwell as a (neo)conservative: the reception of 1984. *The Journal of the Midwest Modern Language Association*, v. 33, n. 1, p. 44-57, winter 2000.

GOOD, Graham. Ingsoc in Relation to Chess: reversible opposites in Orwell's 1984. *Novel: a Forum on Fiction*, v. 18, n. 1, p. 50-63, Autumn 1984.

KAYSER, Pierre. *La protection de la vie privée*. Paris: Economica Aix-en-Provence; Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1984.

KESSLER, Martin. Power and the perfect state. *Political Science Quarterly*, v. 72, n. 4, p. 565-577, Dec. 1957.

LEONARDI, Marcel. *Tutela da privacidade na Internet*. 2009. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

LINDON, Raymond. *La création pretorienne em matière de droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille*. Paris: Dalloz, 1974.

LUSKY, Louis. Invasion of privacy: a clarification of concepts. *Columbia Law Review*, v. 72, p. 693-710, 1972.

MICHAEL, Donald N. Speculations on the relation of the computer to individual freedom and the right to privacy. *George Washington Law Review*, v. 33, n. 1, p. 272-286, Oct. 1964.

MILLER, Arthur R. *The assault on privacy*. Computers, data banks and dossiers. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1970.

NERSON, Roger. La protection de la vie privée en droit positif français. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 23, n. 4, p. 737-764, 1971.

ORWELL, George. 1984. Tradução de Wilson Veloso. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1953.

_____. *Work: Essays: James Burnham and the Managerial Revolution*. *New English Weekly*. May 1946. Disponível em: <<http://www.k-1.com/Orwell/site/work/essays/burnham.html>>.

POSNER, Richard A. The economics of privacy. *Regulation*, v. 2, p. 19-26, May/Jun. 1978.

POWELL, Connie Davis. You have already zero privacy. Get it over! Would Warren and Brandeis argue for privacy for social networking? *Pace Law Review*, v. 31, n. 1, p. 146-181, 2011.

PROSSER, William. L. Privacy. *California Law Review*, v. 48, n. 3, p. 383-423, Aug. 1960.

RICHARDS, Neil M. The dangers of surveillance. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 126, n. 7, p. 1.934-1.965, May 2013.

ROBACK, Jennifer. The economic thought of George Orwell. *The American Economic Review*, v. 75, n. 2 (Papers and Proceedings of the Ninety-Seventh Annual Meeting of the American Economic Association), p. 127-132. May 1985.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. A privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes; trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSSI, Paolo. *Náufragos sem espectador: a ideia de progresso*. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

SOLOVE, Daniel. J. I've got nothing to hide and other misunderstandings of privacy. *San Diego Law Review*, v. 44, n. 4, p. 745-772, Nov./Dec. 2007.

_____. Introduction: privacy self-management and the consent dilemma. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 126, n. 7, p. 1.880-1.903, May 2013.

_____. *The digital person: technology and privacy in the informational age*. New York and London: New York University Press, 2004.

STRAHILEVITZ, Lion. A social networks theory of privacy. *University of Chicago Law Review*, v. 72, p. 919-988, 2005.

VOORHEES, Richard J. Nineteen Eight-four: no failure of nerve. *College English*, v. 18, n. 2, p. 101-102, Nov. 1956.

WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, Dec. 1890.

WESTIN, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

_____. Social and Political Dimensions of Privacy. *Journal of Social Issues*, v. 59, n. 2. 2003.

